STILLSCHWEIGEN
IM
HANDELSRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST VON

Heinz M. Rosenwald
AUS NÜRNBERG
REFERENDAR AM LANDGERICHT ZU NÜRNBERG

AUGSBURG
BUCHDRUCKEREI HEINRICH HEBER
1930

20.280

STILLSCHWEIGEN
IM
HANDELSRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

EINER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT

ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

Heinz M. Rosenwald

AUS NÜRNBERG

REFERENDAR AM LANDGERICHT ZU NÜRNBERG

APPROBIERT AM 15. MAI 1930

REFERENT:

UNIVERSITÄTSPROFESSOR DR. LOCHER

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis 1

I. Teil. Die Aufgabe und ihre Begrenzung

§ 1. Stillschweigen und stillschweigende Willenserklärung . . 5
§ 2. Das Verhältnis zu den Fällen des § 151 BGB. 7

II. Teil. Die Rechtsentwicklung

§ 3. Stillschweigen im römischen Recht 10
§ 4. Stillschweigen im deutschen Recht 13
§ 5. Stillschweigen in den Partikularrechten 14
§ 6. Die spätere Rechtsentwicklung, insbesondere unter dem Einfluss des ADHGB., HGB. und BGB. 16

III. Teil. Stillschweigen im Handelsrecht

A. Die vom Gesetzgeber normierten Tatbestände

§ 7. Stillschweigen beim Kauf auf Probe, insbesondere bei der Auswahlbestellung 18
§ 8. Der Fall des § 362 HGB. 20
§ 9. Das Stillschweigen des Kaufmanns auf unbefugte Abschlüsse seiner Hilfspersonen 25
§ 10. Das Stillschweigen beim kaufmänn. Wettbewerbsverbot . 28

B. Die Bedeutung des § 346 HGB. für die rechtliche Wertung des Stillschweigens im Handelsrecht

a) Im allgemeinen

§ 11. Die Handelssitte und ihre Bedeutung im allgemeinen . . 31
§ 12. Die besondere Bedeutung der Handelssitte für die rechtliche Wertung des Stillschweigens im Handelsrecht. Die juristische Rechtfertigung 37

b) Im Besonderen

1. Stillschweigen auf Vertragsanträge u. Vertragsabänd.-Anträge

§ 13. Die stillschweigende Annahme von Schlussnoten 41
§ 14. Die stillschweigende Annahme der Faktura 44
§ 15. Die stillschweigende Annahme der Kommissionskopie . . 47
§ 16. Die stillschweigende Annahme von Bestellscheinen . . . 49
§ 17. Stillschweigen bei Uebersendung v. Katalogen u. Preislisten 50
§ 18. Die stillschw. Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen 51
§ 19 Die stillschw. Entgegennahme kaufm. Bestätigungsschreiben 55
§ 20. Die stillschw. Entgegennahme von Schlußscheinen . . . 66
§ 21. Die vorbehaltlose Annahme von Auswahlsendungen . . . 67
§ 22. Stillschweigen auf Zusendung unbestellter Ware 69

2. Stillschweigen auf freibleibende Vertragsanträge

§ 23. Das Stillschweigen auf Vertragsangebote u. bei Abschlüssen unter Vorbehalt 74

3. Stillschweigen auf Rücktrittserklärungen

§ 24. Die Bedeutung des Stillschweigens auf Rücktrittserklärungen 78

C. Zur Lehre von der stillschweigenden Bevollmächtigung

§ 25. Die stillschw. Bevollmächtigung kaufmänn. Angestellter . 84

Literaturverzeichnis.

Werke und Abhandlungen.

Apt, Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, Verlag Carl Heymann, 1. Folge 1904, 2. Folge 1905.

Beer, Zusendung unbestellter Waren, Deutsche Juristen-Zeitung 1901, S. 431.

Behrendt, Die Schlussnote an Aufgabe, Diss. Leipzig 1907.

Bendix, Verkehrssitte und Handelsbräuche, Juristische Wochenschrift 1921, S. 226.

Brodmann, Handelsgeschäfte im Allgemeinen, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Leipzig 1913 Bd. 4, 2. Abt.

Crome, Carl, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1900.

Czarnikow, Max Heinrich, Subjektive Erfordernisse beim Vertragsschluss durch Stillschweigen des Antragsgegners. Diss. Halle 1923.

Danz, Erich, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1911.

Damm, Georg, Der Vertragsschluss ohne Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden, Diss. Greifswald, 1914.

Danzer, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, von 1756, herausg. München 1894.

Dernburg; H., Bürgerliches Recht, Halle, Bd. I, II und III, 1902.

— Preussisches Landrecht, 5. Aufl.

— Pandekten, 4. Aufl. 1894.

Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsbräuche, erstattet von der Industrie- und Handelskammer Berlin, herausg. von Heinrich Dove und Eduard Meyerstein, Berlin I 1907, II 1911, III 1926.

Dove, Heinrich, Juristische Wochenschrift 1921 S. 1309.

Düringer-Hachenburg, Komm. zum HGB., II. Aufl., Mannheim.

Ehrlich, E., Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 22. Aufl., Allgem. Teil, Marburg 1924.

Freund, Fritz, Schweigen als Annahme, Diss. Königsberg 1925.

Freund, Rudolf, Die stillschweigende Vertragsannahme, Diss. Breslau 1899.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1917.

Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr, Diss. Leipzig 1894.
Hanausek, Gustav, Fakturen und Fakturaklauseln nach österr. Recht, Wien 1891.
Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Iherings Jahrbuch Bd. 20 S. 1 ff.
Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, Iherings Jahrbuch Bd. 42 S. 413 ff.
Heymann, Ernst, Wechselzeichnung der Sparkassen in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" Bd. IV 1929.
Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, Iherings Jahrbuch Bd. 55 S. 413 ff.
Hübner, Rudolf, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Erlangen.
Hupka, Josef, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
Jacobi, Leonhard, Recht, Sitte, Sittlichkeit, Iherings Jahrbuch, 2. Folge, Bd. 5 S. 85, Alte Folge Bd. 41.
Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, Iherings Jahrbuch Bd. 56 S. 329.
Ihering, Rudolf von, Der Zweck im Recht, Leipzig.
— Geist des römischen Rechts, 4. Aufl., Bd. 1, 1878; 3. Aufl. Bd. 2, 1877.
— Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Iherings Jahrbuch Bd. 4 S. 86 ff.
Josef, Die Zusendung unbestellter Waren zur Ansicht, Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 383.
Isay, Hermann, Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1900.
Kolbe, Bruno, Reklamationsklauseln in der Faktura, Diss. Breslau 1919.
Lissner, Max, Schweigen als Annahme eines Antrags im Handelsrecht, Diss. Breslau 1920.
Laband, Handels-Usancen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1917 S. 466 ff.
Lange, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen, Berlin 1907.
Manigk, Alfred, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Mittermaier, Karl, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Regensburg 1846/47.
Oertmann, Paul, Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.
— Der gewöhnliche Handelskauf in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 4 2. Abt. S. 327 ff.
— Zugehen und Vernehmen, Recht 1906 S. 721 ff.
Pantell, Ernst, Stillschweigende Willenserklärungen bei richtungsbedürftigen Rechtsgeschäften, Diss. Breslau 1917.

Planck, Komm. zum BGB., erl. von Planck, herausg. in Verb. mit anderen von Strohal, 4. Aufl., Berlin 1913.
Protokolle zum BGB. I, Verhandlungen der 2. Kommission zu § 86 des 1. Entwurfs.
Raabe, Herm., Dissertation Erlangen 1898, Ueber die Bedeutung der Verkaufsfaktura als Beweismittel und Verpflichtungsgrund im kaufm. Verkehr.
RG.-Räte-Komm. zum BGB., herausg. von RG.-Räten, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr, bearb. von Dr. C. G. Riesenfeld, Breslau, 1900, neue Folge 1906, 2. Folge 1911.
Riezler, Erwin, Venire contra factum proprium, München 1912.
Ritter, Dr. Karl, Komm. zum HGB., Berlin 1910.
Rumpf, Max, Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 119 S. 1 ff.
Rümelin, M., Das Handeln in fremdem Namen im BGB., Arch. für zivil. Praxis Bd. 93 S. 131 ff. (1902).
Schaeffer, Stillschweigende Willenserklärung mit besonderer Beziehung auf die stillschweigende Annahme von Schlussnoten und Fakturen, Diss. Heidelberg 1907.
Schneider, Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung, Arch. für bürgerl. Recht Bd. 42 S. 273 ff.
Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen des römischen Rechts, 17. Aufl.
Staub, Komm. zum HGB., 12. u. 13. Aufl., bearb. von Koenige, Pinner und Bondi, Berlin und Leipzig.
Staudinger-Riezler, Kommentar zum BGB., Allgem. Teil, 9. Aufl. 1925.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1893.
Titze, Die Lehre vom Missverständnis, Berlin 1910.
Wellspacher, Moritz, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerl. Recht, Wien 1906.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerl. Recht. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 92 S. 1 ff,
v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht, 1898.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
— Die juristische Willenserklärung, Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 357 ff.

Zeitschriften und Sammlungen.

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, herausg. zuerst von F. B. Busch, zuletzt von H. Busch, 1863 bis 1888.

Archiv für zivilistische Praxis, herausg. von Franklin, Heck, Rümelin, Wendt, Bülow, Kohlhaas; Tübingen und Leipzig.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, herausg. von Riesser.

Bolze, Die Praxis des RG. in Zivilsachen, Leipzig.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.).

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

Hanseatische Gerichts-Zeitung.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht, begründet von Dr. Paul Holdheim, RA. In Frankfurt.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins, Leipzig.

Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung, herausg. von Kaufmann, Hannover.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, herausg. von Düringer, Jäger und Koenige.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausg. von Soergel, Hannover.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausg. von Mugdan und Falkmann.

J. A. Seufferts Archiv für die Rechtsprechung der obersten Gerichte.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, herausg. von Dr. O. Warneyer.

— Rechtsprechung des RG. auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

I. Teil.

Die Aufgabe und ihre Begrenzung.

§ 1.

Stillschweigen und stillschweigende Willenserklärung.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, darzulegen, welche Rechtswirkungen die Rechtsordnung an das blosse Unterlassen der Abgabe einer Willenserklärung, an das rein passive Verhalten einer Person knüpft, und zwar im Handelsrecht. Es soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen in einem solchen Falle Rechtswirkungen überhaupt eintreten können und es soll im besonderen an Hand der neuesten Judikatur versucht werden, die Grundsätze herauszuarbeiten und kritisch zu beleuchten, die für die Bedeutung und rechtliche Wertung des Stillschweigens im Handelsrecht heute als massgebend angesehen werden können.

Die Entstehung, die Veränderung und der Untergang von Rechten ist regelmässig in der Privatrechtsordnung geknüpft an menschliche Handlungen und zwar — abgesehen von den unerlaubten Handlungen und den Rechtshandlungen im engeren Sinn — an die Handlungen, welche bewusst auf eine erlaubte Veränderung in der Privatrechtssphäre hinzielen: Die Willenserklärungen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen einem Verhalten, welches unmittelbar dem Erklärungszweck dient und diesen selbständig mit Mitteln verfolgt, die nach der Verkehrsübung gerade diesem Zweck sich anpassen (ausdrückliche Willenserklärung), und andererseits einem Verhalten, welches zunächst andere, abseits liegende Zwecke verfolgt, aus welchem aber nach der Lebenserfahrung der Schluss auf den Geschäftswillen in der in Frage stehenden Richtung gezogen werden muss (stillschweigende Willenserklärung).[1]) Es braucht nicht betont zu

[1]) Diese Definition, die heute Gemeingut der Wissenschaft geworden ist, stammt von Stössel: Die stillschweigende Willenserklärung, Zürich 1859.

werden, dass u. U. aus einer solchen stillschweigenden oder konkludenten Willenserklärung eindeutiger auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann als aus einer ausdrücklichen Willenserklärung.[1]) Aber eben diese Fälle des schlüssigen oder konkludenten Verhaltens stehen ausserhalb des Rahmens der gestellten Aufgabe. Denn gerade in diesen Fällen kommt in dem Verhalten des Wollenden sein Geschäftswille so klar zum Ausdruck, dass er als solcher jedem, den es angeht, verständlich ist oder doch verständlich sein muss. Es scheiden ferner die Fälle aus, in denen die Parteien ausdrücklich vereinbart haben, dem Schweigen des einen Teils solle eine bestimmte Bedeutung zukommen.[2]) Denn hier ist ja das Schweigen durch den übereinstimmenden Parteiwillen zum „ausdrücklichen" Erklärungsmittel erhoben. Einer besonderen Erörterung bedürfen die Fälle, in denen die Annahme des Vertrages nach dem Willen der Parteien durch bestimmte Handlungen erfolgen soll, z. B. wenn der Antragende sofortige Leistung und Uebersendung der Faktura verlangt,[3]) oder ausdrücklich schriftliche Bestätigung[4]) gefordert hat, oder wenn der Antragende durch Expressbestellung, insbesondere bei Waren mit starken Preisschwankungen, sein Interesse an

---

[1]) Der Schluss kann ein logisch zwingender sein; wer z. B. die Zinsen eines ausstehenden Kapitals für das folgende Jahr annimmt, willigt damit indirekt, aber notwendig in dessen Stehenbleiben für das nächste Jahr. Der Schluss muss aber nicht logisch zwingend sein, es genügt, dass er empirisch begründet ist, d. h. der Lebenserfahrung entspricht. Beispielsweise liegt in der Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner seitens des Gläubigers die Erklärung des Schulderlasses (so schon L 2 § 1 D de pactis 2, 14). Denn wer die Forderung geltend machen will, entäussert erfahrungsgemäss und verständigerweise sich nicht vorsätzlich des Schuldscheins über dieselbe. (So die gemeinrechtliche Wissenschaft, Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. 1894 § 98 S. 229 ff.)

[2]) Wenn z. B A bei B. eine Sache kaufen will, sich aber noch nicht fest binden will und deshalb mit B verabredet, dass der Vertrag geschlossen sein solle, wenn er bis zu einer bestimmten Zeit sich nicht gemeldet habe, so hat A den Antrag des B bis zum vereinbarten Zeitpunkt fest in der Hand; meldet sich A bis dahin nicht, so ist der Vertrag zustande gekommen. In diesem Falle ist gerade das Schweigen Erklärungsmittel des Willens, hier ist durch das Schweigen ausdrücklich erklärt.

[3]) Reichsgericht „Recht" 1922 Spalte 75 Nr. 405.

[4]) Oberlandesgerichte E. Bd. 24 S. 175, Reichsgericht E. Bd. 103 S. 95: „Wer eine schriftliche Bestätigung zu erwarten erklärt, bringt damit regelmässig zum Ausdruck, dass er blosses Stillschweigen nicht als Annahme oder Bestätigung ansieht, vielmehr im Stillschweigen eine Ablehnung findet."

beschleunigter Ausführung des Auftrages dargetan hat. Wie wir im folgenden Abschnitt sehen werden, hat das Reichsgericht in diesen Fällen ausgesprochen, dass es sich darin um das Anwendungsgebiet des § 151 BGB. handelt, wie wir sehen werden, durchaus zutreffender Weise. Aber selbst wenn sich die Gerichte nicht auf diesen Standpunkt gestellt hätten, würden diese Fälle aus folgenden Gründen ausserhalb des Rahmens der gestellten Aufgabe stehen: Ihnen allein ist gemeinsam, dass der Antragsteller deutlich zu erkennen gibt, dass für ihn einfaches Schweigen des Empfängers keine ausreichende Antwort sein soll. Es ist zutreffend, dass der Antragsteller auf das Zugehen der Annahmeerklärung verzichtet, er gibt aber überhaupt in diesen Fällen zu erkennen, dass er den Vertrag nur unter bestimmten, nicht normalen Voraussetzungen gelten lassen wolle und verlangt vom Empfänger besondere Massnahmen. Hier kann das Schweigen mit Rücksicht auf den Antrag kein schlüssiges sein, es kann also Schweigen auch aus diesem Grunde niemals Annahme bedeuten. Denn die wesentlichste Voraussetzung dafür, dass dem Schweigen im Rechtsverkehr Bedeutung zukommt, ist, wie wir sehen werden, die, dass es ein schlüssiges ist.

§ 2.

Das Verhältnis zu den Fällen des § 151 BGB.

Einer eingehenderen Erörterung bedürfen die im Handelsverkehr so häufigen Fälle, in denen auf einen Vertragsantrag hin der Gegner dem Antragenden gegenüber eine Annahmeerklärung nicht abgibt, der Vertrag aber auf Grund der Vorschrift des § 151 BGB. doch zustande kommt, weil der Antragende entweder auf Annahmeerklärung verzichtet hat oder das Unterbleiben der Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden der Verkehrssitte entspricht. In diesen Fällen kommt der Vertrag zustande durch jede unzweideutige Betätigung des Annahmewillens. Aber einer solchen bedarf es unbedingt. § 151 macht also keine Ausnahme von dem Grundsatz, dass es zum Zustandekommen eines Vertrags zweier übereinstimmender Willenserklärungen bedarf, des Antrags und der Annahme, es wird nur unter den Voraussetzungen des § 151 von dem Erfordernis der Em-

pfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung abgesehen.[1]) Es ist also stets eine Annahmeerklärung erforderlich, die in einer schlüssigen unzweideutigen Handlung hervorzutreten hat.[2])

Hierher gehören zunächst die häufigen Fälle der „Realofferte", d. h. der Fälle, in denen die angetragene Leistung gleichzeitig mit dem Antrag selbst erfolgt. In solchen Fällen ist auf Annahmeerklärung seitens des Gegners verzichtet. Ferner gehören hierher die Fälle, „in denen die Effektuierung der Bestellung die Annahme sein soll und eine Erklärung nur dann erwartet wird, wenn der Bestellungsempfänger die Effektuierung ablehnt. In solchen Fällen bringt die Effektuierung der Bestellung als stillschweigende Annahme den Vertrag sofort zur Perfektion."[3]) Wenn z. B. der Käufer bestellt „mit wendender Post hoffen wir auf Versandanzeige"[4]) oder wenn er „sofortigen Vollzug"[5]) oder „Expreßsendung"[6]) verlangt, so verzichtet er stets auf eine Erklärung der Annahme. Die letztgenannte Entscheidung bringt das juristisch Wesentliche zum Ausdruck. Die erforderliche Zustimmungshandlung nahm in diesem Falle die Klägerin vor, indem sie die Pakete, die express bestellt waren, bei der Postanstalt zur Versendung an den Beklagten auslieferte. Es sollen nicht alle hierher gehörenden Fälle, die die Rechtsprechung beschäftigt haben,[7]) erörtert werden. Es ist dem Verfasser nur darum zu tun, das allen diesen Fällen Gemeinsame hervorzuheben und in ein Verhältnis zu bringen zur gestellten Aufgabe.

Jedenfalls wird man zusammenfassend sagen können, dass ein Verzicht auf Annahmeerklärung seitens des Antragenden immer dann unterstellt werden kann,

a) wenn die Annahme des Vertragsantrags nach den Umständen unter den Parteien ausser Zweifel ist (Beispiele: Bei längerer

[1]) So Staudinger-Riezler zu § 151 BGB., 9. Aufl. S. 630 ff., Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 348 ff.

[2]) RG. Bd. 84 S. 323.

[3]) So schon RG. Bd 2 S. 44.

[4]) RG. Bd. 105 S. 8 und 16.

[5]) RG. Bd. 103 S. 313.

[6]) RG. Bd. 102 S. 370: „Dadurch, dass der Beklagte die starken Preisschwankungen unterliegende Ware express bestellte, hatte er auf eine ihm gegenüber abzugebende Erklärung der Annahme verzichtet. Nötig war nur, dass der Annahmewille der Klägerin nicht rein intern blieb, sondern sich in einer Handlung äusserte, die die Zustimmung zu dem Vertrag ergab."

[7]) Beispiele bei Staub, Anh. zu § 361 Anm. 68 ff.

Geschäftsverbindung, bei der der Besteller ohne weiteres auf sofortige Lieferung rechnet),

b) wenn das angetragene Geschäft seiner Natur und seinem Zweck nach eine besonders rasche Erledigung erfordert (Beispiel: Aufträge zum Abschluss von Börsengeschäften, Verlangen nach Expressendung bei Waren, die starken Preisschwankungen unterliegen).

In den letzteren Fällen wird auch in der Regel eine Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden nach der Verkehrssitte nicht erwartet, so dass die zweite Alternative des § 151 Satz 1 BGB. auch Platz greift.[1]) Ferner gehören hierher gerade auch die oben erwähnten Beispiele der Realofferte. In diesen letzteren Fällen hat sich auf Grund einer grossen Anzahl gleichartiger Fälle die Anschauung gebildet,[2]) dass eine Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden nicht zu erwarten ist.[3])

In allen diesen Fällen ist erforderlich eine Erklärung irgendwelcher Art, die den endgültigen Annahmewillen bekundet. Während in den Fällen, deren Behandlung sich der Verfasser zur Aufgabe gemacht hat, der Annahmewille ein Internum der Psyche eines Vertragsteiles bleibt, muss in den Fällen des § 151 BGB. der Annahmewille in Form einer Annahmehandlung in Erscheinung treten, wenn diese auch zunächst nicht zur Kenntnis des Antragenden zu gelangen braucht. In den Fällen des § 151 gibt der Gegner eine Willensäusserung ab, reagiert also auf den Antrag. Die vorliegende Aufgabe hat es aber mit den Fällen zu tun, in denen jemand eine Willenserklärung überhaupt nicht abgibt, weder gegenüber dem Geschäftsgegner, noch sonst gegenüber der Aussenwelt, in denen ein Verhalten, das auf einen bestimmten Geschäftswillen einen Schluss überhaupt nicht zulässt, dennoch Rechtsfolgen zeitigt.[4])

---

[1]) Eine Kombination der beiden Alternativen kann man in dem Feilhalten in Automaten erblicken.

[2]) RG. JW. 09 S. 720.

[3]) Vgl. Leonhard Jacobi, Recht, Sitte, Sittlichkeit, Iherings Jahrbuch 2. Folge Bd. 5 S. 85.

[4]) Hellmann (Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerl. Recht, Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 413 ff.) ist zwar der Ansicht, dass es eine Annahmeerklärung nur gegenüber dem Antragenden gibt. (So auch Prot. z. BGB. I S. 81—84, Verh. der II. Komm. zu § 86 d. E.) In den Fällen des § 151 S. II sei die nicht erklärte Annahme trotzdem eine Aeusserung des Annahmewillens. Das Gesetz nehme aber diese Willensäusserung von

II. Teil.

Die Rechtsentwicklung.

§ 3.

Stillschweigen im römischen Recht.

Das Recht jugendlicher Völker ist regelmässig in weitem Mass erfüllt von formalem Zwang, es überwiegt das sinnliche Element. Es fehlt derjenige Grad abstrakten Denkens, der erforderlich ist, um die rechtlichen Beziehungen als das, was sie sind, nämlich als Tatsachen lediglich des inneren geistigen Lebens aufzufassen. Man hält sich an äusserlich erkennbare greifbare Dinge und schliesst von der äusseren, in Erscheinung tretenden, sinnlich wahrnehmbaren Tatsache auf jene innere geistige Grundlage zurück. So ist es verständlich, dass von allen Charakterzügen des älteren Rechts sich kein anderer in dem Masse aufdrängt, als das durch und durch formelle Gepräge desselben. So kommt es auch, dass das römische Recht, ebenso wie das germanische, sich erst in späterer Zeit mit der Bedeutung des Schweigens befasst haben.

Das altrömische Recht, wie es in den zwölf Tafeln teils erscheint, teils vorausgesetzt wird, ist förmlich und streng. Den vermögensrechtlichen Verkehr beherrschen drei Rechtsgeschäfte: Die mancipatio, die in iure cessio und das nexum. Das nexum war das rechtsförmliche bindende Rechtsgeschäft und zwar durch den feierlichen Gebrauch von „Erz und Wage". Während die mancipatio der feierliche Kauf per aes et libram war, war das nexum das feierliche Darlehen. Auch hier machte allein die Form das Rechtsgeschäft zu einem bindenden. Später ging aus der mancipatio, dem alten feierlichen strengen Kaufgeschäft mit Hilfe der Interpretation des Zwölftafelrechtes eine Reihe von Rechtsgeschäften hervor, welche durch Mancipation (z. B. sestertio, nummo uno) abgeschlossen wurden.[1]) Aber auch bei dieser inner-

dem Begriff der Annahmeerklärung aus, sage also deutlich, dass es Willenserklärungen kenne, die in seiner Sprache nicht Willenserklärungen sind. Mag man nun der Ansicht sein — wie Hellmann — dass der Vertrag in den Fällen des § 151 S. II nur durch eine „Betätigung des Annahmewillens" (Willensbetätigung) zustande kommt oder — wie Riezler — durch eine Annahmeerklärung, in jedem Fall bedarf es einer Aeusserung des rechtsgeschäftlichen Willens.

[1]) Ausgangspunkt der Entwicklung war der Satz der zwölf Tafeln:

lich befreiteren, in ihren Zwecken ungebundeneren Mancipation war das Pactum Conventum als solches nicht klagbar, nur die Verbindlichkeit „in guten Treuen" mit der Sache zu verfahren, war klagbar und stand unter dem Schutze des Zwölftafelrechts, aber nur dann, wenn sie mit der feierlichen Mancipation verbunden war. Nur dann wurde die actio fiduciae gegeben.[1])[2])

Die Rolle, ein streng einseitiges Schuldverhältnis aus irgendwelchem Rechtsgrund durch formales Versprechen des Schuldners zu begründen, fiel der stipulatio zu. Diese kam verbis, d. h. durch bestimmte Wortform zustande, nämlich durch Frage- und Antwortform. Nur um der Wortform willen war der Vertrag gültig und klagbar, die verba waren es, die den Schuldner verpflichteten (Verbalkontrakt). Der formlose Schuldvertrag war ja nach römischem Kontraktrecht klaglos.

Es ist ohne weiteres klar, dass dem Schweigen in den genannten Fällen ebensowenig eine Bedeutung zukommen konnte, wie in den zwei weiteren, in denen nach römischem Zivilrecht die Klagbarkeit des Schuldvertrags begründet werden konnte: Den Realkontrakten und Literalkontrakten. Denn im ersteren Fall war das klagbegründende Element die Vermögenshingabe (res), im zweiten Fall wurde der obligatorische Consens verlautbart durch Eintragung ins Hausbuch. Da bedeutete es einen grossen

---

Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto, XII tab. VI, 1.

[1]) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, 17. Aufl., Institutionen des römischen Rechts, S. 60 ff.

[2]) Nach Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 2 S. 343 ff., lassen sich die formellen Geschäfte des älteren Rechts am natürlichsten nach der Kategorie der mitwirkenden Personen gruppieren und danach gewinnen wir folgende fünf Klassen:

1. Mitwirkung des Volkes (testamentum in comitiis calatis, arrogatio),
2. Mitwirkung der weltlichen Behörden (vor dem Zensor: Manumissio censu; vor dem Prätor: sämtliche legis actiones des Prozesses mit Ausnahme der pignoris capio; die der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Form der in iure cessio: manumissio vindicta, in adoptionem datio, emancipatio, cessio detutela, und hereditas legitima),
3. Mitwirkung geistlicher Behörden, namentlich der Pontifices (in Verbindung mit dem Volke: Testamentum, arrogatio; in Verbindung mit Zeugen: confarreatio),
4. Mitwirkung von Zeugen (und zwar von 10: confarreatio; von 5: nexum, mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram),
5. Geschäfte ohne Mitwirkung anderer Personen als der Parteien. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet dieser Form ist das Obligationenrecht (Verbal- und Literalkontrakt).

Fortschritt, als man dazu überging, dem blossen obligatorischen Consens Klagbarkeit zu verleihen (consensu contrahitur). Wenn es auch hier zum Zustandekommen des Vertrags des Zusammentreffens der beiden Willenserklärungen bedurfte und wenn auch die formlose Willenseinigung keineswegs in aller Regel, sondern nur bei bestimmten Schuldverträgen[1]) genügte, so war es doch die erste Voraussetzung für die Anerkennung einer rechtserheblichen Bedeutung des Schweigens, für eine Entwicklung in dieser Richtung, dass man einmal überhaupt Rechtswirkungen durch formlose Erklärungen hervorrufen konnte. Hier war der Boden geschaffen, auf dem eine verfeinerte Rechtskultur dem passiven Verhalten rechtserhebliche Bedeutung beilegen konnte.

Ueber die Rechtswirkung des Schweigens sagt Paulus im Ediktskommentar:[2]) „Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare". Das blosse Stillschweigen zu den Handlungen oder auf die Frage eines andern kann nicht als Einwilligung oder Zugeständnis betrachtet werden.

„Trägt mir also ein anderer" — so erklärt Savigny[3]) — „einen Antrag an und erklärt, dass er mein Schweigen als Einwilligung betrachten werde, so bindet mich dieses dennoch nicht, da jener kein Recht hat, mich, wenn ich nicht einwillige, zu einem positiven Widerspruch zu nötigen." Von diesem Gesichtspunkt aus sind nach Savigny denn auch die wichtigen Ausnahmen dieser Regel zu betrachten, die er auf S. 249 ff. a. a. O. anführt. „Sie gründen sich stets auf eine vorausgesetzte Pflicht sich zu erklären, mag nun diese in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses ihren Grund haben, oder in dem natürlichen Anspruch des anderen auf Ehrfurcht, oder in dem Zusammenhang des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen". Alle diese Ausnahmen hatten aber nach Savigny eine ganz „positive" Natur und es wäre nach seiner Ansicht unzulässig gewesen, sie durch andere vermehren zu wollen.[4])

[1]) Consensualkontrakte, pacta praetoria, pacta legitima.

[2]) D (50, 17) 142.

[3]) So Savigny, System des heutigen röm. Rechts 1840 Bd. 3 § 132 S. 248 ff. A A. Dernburg, Pandekten IV. Aufl. 1894 § 98 S 229 ff.: „Stillschweigen gilt allgemein als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch erfordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren".

[4]) A. A. Dernburg a. a. O.

Welches waren nun diese Ausnahmen im römischen Recht? Wir finden eine Reihe bei Savigny a. a. O., uns interessieren aber in diesem Zusammenhang nur die Fälle, die für den Handelsverkehr von Bedeutung sein konnten. So galt das Schweigen des Vaters oder Herrn als Einwilligung, wenn der Sohn oder Sklave mit dem Peculium Handelsgeschäfte trieb; und zwar hatte die Einwilligung hier die Folge, dass sich der Vater die für ihn ungünstigere actio tributoria gefallen lassen musste.[1]) Wenn ferner ohne Auftrag des Schuldners Bürgschaft geleistet wurde, der Schuldner aber dazu wissentlich schwieg, so galt dieses als Mandat.[2])

Wenn später die gemeinrechtliche Praxis (im Gegensatz zur Ansicht Savignys) die enggestreckten Grenzen des römischen Rechts überschritt und sich durch die Bedürfnisse des Handelsverkehrs veranlasst sah, diese „positiven Ausnahmen" durch ähnliche Fälle zu vermehren,[3]) so kann man ihr daraus — wie wir sehen — keinen Vorwurf machen.

§ 4.

Stillschweigen im deutschen Recht.

Für das germanische Recht hat v. Zallinger[4]) ausgesprochen: „Die Berücksichtigung eines Privatrechtsverhältnisses im Rechtsverkehr wurde schlechthin davon abhängig gemacht, dass es in einem gewissen äusserlichen Zustande verwirklicht, in einer bestimmten Erscheinung sichtbar war". So war es im Prozessrecht, wo nur die in bestimmter Form abgegebenen Erklärungen und vorgenommenen Prozesshandlungen Geltung hatten: „Ein Mann, ein Wort", „Qui cadit a syllaba, cadit a tota causa"; so war es auch im Strafrecht, wo nur der äussere Erfolg bestraft wurde. Konnte aber im gerichtlichen Verkehr zwischen den Parteien keine Erklärung ohne Beobachtung strenger Vorschriften gewechselt werden, so hat dies ebenso für den aussergerichtlichen Geschäftsverkehr gegolten, wollte man überhaupt Rechtswirkungen hervor-

[1]) L 1 § 3 de tribut. act. 14, 4; vgl. Koschaker, Festschr. f. Hanausek, 1925, S. 151 ff.

[2]) L 6 § 2 mandati 17, 1; L 60 de RJ. 50, 17.

[3]) Vgl. ROHG. Bd. 1 S. 81 ff.; ROHG. Bd. 5 S. 35.

[4]) v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht 1896 S. 6.

bringen. So verlangte das alte deutsche Recht auch für den Schuldvertrag[1]) eine zuverlässige „Erkennbarkeit und Handlichkeit" des Hergangs seines Abschlusses; er musste „hörbar und sichtbar" sein,[2]) wie jedes Verhalten, dem ein Anspruch auf Beachtlichkeit im Rechtsverkehr zukommen sollte. Es ist klar, dass bei dieser Sachlage dem blossen Schweigen irgend eine rechtserhebliche Bedeutung nicht beigemessen werden konnte.

Grundlegende Voraussetzung für eine Aenderung war hier, dass man von den ursprünglichen starren Formen der Haftungsgeschäfte, unter denen das Treugelübde[3]) und der Wettvertrag (Wadiation) eine besondere Rolle spielten, mehr und mehr im Laufe des Mittelalters abkam und auch das System der germanischen Realverträge, deren Verpflichtungsgrund regelmässig die Hingabe der Arrha bildete, durchbrochen wurde. Aber hier dauerte es lange Zeit, bis der Satz sich durchgesetzt hat, dass der Vertrag durch formlose Konsenserklärung perfekt werde.[4])

In den letzten Jahrhunderten des Mittelalters traten hinsichtlich der Bedeutung des schuldrechtlichen Geschäftsformalismus mancherlei Verschiebungen ein. Die überlieferten Vertragsformen verloren an rechtlicher Bedeutung. Die haftungsrechtlichen Formen gingen, seit die Schuld von Rechts wegen regelmässig auch Haftung begründete, in besondere Vereinbarungen über Art und Umfang der Haftung und somit in Bestärkungsmittel oder auch Abschwächungsmittel über. Mit der Reception kam das einheimische System völlig ins Wanken. Aber auch das römische System setzte sich nur unvollkommen durch.

§ 5.

Stillschweigen in den Partikularrechten.

In den Partikularrechten machen wir die Beobachtung, dass es gerade der Handelsstand zuerst war, dem für seine Geschäfte

[1]) Nach Gierke, Deutsches Privatrecht 1917 Bd. 3 S. 326 ff. war nicht der Schuldvertrag als solcher formbedürftig, vielmehr bedurfte die Haftung für die Versprechensschuld der im folgenden aufgeführten besonderen haftungsrechtlichen Vertragsformen.

[2]) v. Amira, Grundriss S. 221 ff.

[3]) „Das formale Haftungsgeschäft, durch das jemand für den Fall der Nichterfüllung einer eigenen oder fremden Schuld seine Person der Zugriffsmacht des Gläubigers unterwirft." Gierke, Schuld und Haftung S. 132.

[4]) Brunner, Geschichte der Urkunde S. 66.

Formerleichterungen gewährt wurden.[1]) Von jeher hatte sich ja der Handelsverkehr in grösserer Freiheit bewegt als der allgemein bürgerliche. Dies fand in den neuen Gesetzbüchern vielfach Anerkennung.[2]) So befreite das preussische Landrecht[3]) bestimmte Handelsgeschäfte („Kaufverträge") von dem Zwange der Schriftlichkeit.

Mit der Bedeutung des Stillschweigens hat sich das preußische Landrecht I, 4, § 61 befasst: „Blosses Stillschweigen wird nur alsdann für Einwilligung geachtet, wenn der Schweigende sich erklären konnte und vermöge der Gesetze dazu verbunden war".[4])

Auch im bayerischen Landrecht IV. Teil, 1. Kap. finden wir eine interessante Stelle:[5]) „Von der Convention und den hieraus entspringenden Pflichten: . . . . . § 5: Die Essential- und innerliche Requisite, ohne welche keine Convention von Kraft und Gültigkeit sein mag, bestehen . . . . . 5. muss der beiderseitige Consens entweder ausdrücklich mit Worten oder wenigstens stillschweigend mit Werken durch äusserliche und weltübliche Zeichen deutlich und verständlich deklariert sein. Dahingegen ist 6. das blosse Stillschweigen ohne Werk ausser den durch Gesetz und Ordnung besonders determinierten Fällen hierzu nicht hinreichend".[6])

Und in seinen Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem gibt uns Kreitmayr einen Kommentar zu dieser Stelle, der hier wiedergegeben werden soll, weil er zugleich einen feinsinnigen Beitrag zur Unterscheidung zwischen „stillschweigender Willenserklärung" und blossem Schweigen darstellt:

„Der Consens wird nicht allzeit ausdrücklich, sondern auch öfter auf stillschweigende Art im Werk selbst erklärt,

---

[1]) Allgemeines Landrecht f. d. pr. St. I, 5, §§ 149—151.

[2]) Rudolf Hübner, Grundzüge des d. Privatrechts, IV. Aufl. § 71, S. 479 ff.

[3]) ALR. I, 5, § 149.

[4]) Siehe dazu Dernburg, Pr. Landrecht, V. Aufl. S. 194.

[5]) Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756, herausg. von Danzer, München 1894.

[6]) Der Gesetzgeber fährt fort: „7. Versteht sich das, was von der Einwilligung hier gemeldet wird, nur von contractis veris, massen in quasi contractibus der consens auch ohne und zuweilen gar wider Willen der Interessenten von dem Gesetz selbst ersetzt wird".

wozu jedoch solche facta erfordert werden, aus welchen man den Consens sicher schliessen kann, z. B. da man im Wirtshaus zecht, denn dadurch willigt man ipso facto auch auf die Bezahlung der Zeche ein, ohngeachtet man mit dem Wirt eben nicht ausdrücklich darüber pactiert hat. Ob auch aus dem blossen Stillschweigen ohne anderer Werktätigkeit der Consens zu schliessen sei, ist de iure communi zweifelhaft und scheint sich das ius canonicum hierin selbst zu widersprechen, wenn es in C 44 de RJ. in 6 heisst: tacens nec fatetur, nec negat, hingegen in C 43 ibidem gesagt wird, tacens consentire videtur. Man sucht beide Texte damit zu vereinigen, dass der erste pro regula und der andere pro exceptione dienen soll, in casibus, wo das Stillschweigen per legem specialem pro consensu angenommen ist. Wenigstens hält es Leyserus in spec. 519 de spipulatione § 3 also dafür und auch unser Codex bestätigt unter 6 diese Meinung hier ebenfalls".

Dies ist der Standpunkt des bayerischen Landrechts.

§ 6.

Die spätere Rechtsentwicklung, insbesondere unter dem Einfluss des ADHGB., HGB. und BGB.

Im gemeinen Recht konnte das römische Formalprinzip sich nicht durchsetzen. Die Stipulation war schon unter Justinian zum pactum geworden. Jeder Versuch, die Stipulation in das Leben einzuführen, musste scheitern. Seit dem 17. Jahrhundert stand als allgemeines Gewohnheitsrecht fest, dass jeder Schuldvertrag vollwirksam als Consensualvertrag geschlossen werden könne.[1]) Es siegte auf der ganzen Linie das Prinzip der bindenden Kraft formloser Willenseinigung. Zwar blieben im Leben die einheimischen Formen noch lange im Gebrauch. Aber sie büssten den Rest ihrer alten Kraft ein. Für das Zustandekommen des Schuldvertrags konnten sie nur noch durch Vereinbarung für den Einzelfall Erheblichkeit erlangen.

Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis haben sich seitdem mit der Bedeutung des Schweigens befasst. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts standen die sächsischen Gerichte in ständiger Rechtssprechung[2]) auf dem Standpunkt, dass unter Kaufleuten

[1]) Stobbe, Vertragsrecht S. 8 ff.
[2]) Aufgeführt bei Ehrlich S. 177 ff.

Schweigen Annahme bedeutete, wenn ein Kaufman einem andern ohne Bestellung Waren mit Verkaufsrechnung übersandte und dieser sich innerhalb angemessener Frist nicht erklärte, und zwar wurden schon hier die Entscheidungen nicht etwa darauf gestützt, dass der Empfänger seinen dahingehenden Willen durch Annahmehandlungen irgendwelcher Art Ausdruck verliehen hatte.

Das ADHGB. beschäftigte sich dann in Art. 323[1]) mit den Rechtsfolgen des Stillschweigens. Wir werden über diese Bestimmung, die dem heutigen § 362 unseres HGB. entspricht, noch zu reden haben. Sodann enthielt das ADHGB. in seinem Art. 279 die Vorschrift, die in unser HGB. als § 346 übergegangen ist, und die — wie wir sehen werden — für die Frage der Bedeutung des Stillschweigens im Handelsverkehr von grundlegender Bedeutung geworden ist.[2])

Die heutige Privatrechtsordnung steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, dass bei besonders qualifizierten Rechtslagen und unter bestimmten Personen, insbesondere unter Kaufleuten, in dem Schweigen zwar eine Willenserklärung gefunden werden könne, dass aber bei einer solchen Annahme grosse Vorsicht erforderlich sei.[3]) Insbesondere wird es sich nach Riezler empfehlen, mit der Anerkennung des Schweigens als einer verpflichtenden Willenserklärung zurückhaltend zu sein.[4]) Der schon für das gemeine Recht verfehlte Satz des kanonischen Rechts: Qui tacet consentire videtur[5]) hat nach Ansicht Riezlers auch für das BGB. keine Geltung, wird aber durch den bekannten Zusatz: „Ubi loqui potuit ac debuit" seinem Inhalt nach auch

[1]) „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung seiner Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Annahme des Auftrages gilt."

[2]) Es erschien dem Verfasser erforderlich, diese Entwicklung eingehend darzulegen, denn er teilt vollauf den Standpunkt Ehrlichs (Rechtssoziologie S. 407): „Die historische Methode ist unentbehrlich, um den heutigen Rechtszustand zu begreifen. Wir werden zwar die Vergangenheit nie anders als durch die Gegenwart verstehen lernen, aber der Weg zur Einsicht in das innerste Wesen der Gegenwart führt doch wieder nur durch den Einblick in die Vergangenheit: In jedem Stück der Gegenwart ist seine ganze Vergangenheit enthalten".

[3]) Enneccerus, Lehrb. des BGB. Allg. Teil § 144 S. 378.

[4]) Staudinger-Riezler I. Bd. Allg. Teil S. 453.

[5]) Cap. 43 in VIto de R(egulis) J(uris) 5, 12; vgl. L 142 dig. de reg. iur. 50, 17.

für das Recht des BGB. zu einer brauchbaren Verkehrsregel. Wissenschaft und Praxis haben hier nun die Grundsätze ausgebildet, wann eine „Möglichkeit und Pflicht" zum Reden besteht. Zunächst aber sollen die Fälle Betrachtung finden, in denen der Gesetzgeber sich mit den Rechtsfolgen des Stillschweigens ausdrücklich befasst hat, in denen das Recht normativ Stellung genommen hat.

III. Teil.

Stillschweigen im Handelsrecht.

A. Die vom Gesetzgeber normierten Tatbestände:

§ 7.

Stillschweigen beim Kauf auf Probe, insbesondere bei der Auswahlbestellung.

Das BGB. hat sich mit dem Stillschweigen an einer Reihe von Stellen befasst.[1]) Uns interessieren in diesem Zusammenhang nur die für den Handelsverkehr bedeutsamen.

Ist beim Kauf auf Probe die Ware lediglich zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so wird nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes aus dem bedingten Kaufvertrage ein unbedingter, wenn der Käufer bis zum Ablauf der Frist oder auf die fristmässige Aufforderung des Verkäufers die Ware genehmigt. Die Frist ist in erster Linie eine verabredete. Das alte HGB. hatte in Art. 339 neben die vereinbarte die ortsgebräuchliche Frist gesetzt. Wenn eine solche besteht, so wird sie in der Regel als stillschweigend vereinbart anzusehen sein (§ 157 BGB.).

Erklärt sich nun der Käufer nicht innerhalb der vereinbarten, vom Verkäufer bestimmten oder als vereinbart anzusehenden Frist, so gilt sein Stillschweigen als Genehmigung (§ 496 S. 2 BGB.) und zwar muss die durch S. 2 gebotene Ablehnungserklärung dem Verkäufer innerhalb der Frist zugehen.[2])

Schweigt der Käufer auf die Aufforderung des Verkäufers, so gilt sein Stillschweigen als Genehmigung. Bei Aufforderung mit

[1]) §§ 108 II, 177 II, 415 II, 416 Abs. 1 S. 2, 458, 1396 II, 1448 II, 2307 II.
[2]) Planck zu § 496 Anm. 4.

Fristsetzung muss der Verkäufer dem Käufer angemessene Zeit zur Prüfung lassen. Ist die Zeit zu kurz, so muss sich der Käufer rühren; sonst gilt die vom Verkäufer gestellte Frist, auch wenn sie zu kurz sein sollte.[1])

In einer Auswahlsendung kann ein Kauf auf Probe erblickt werden, jedoch nur ausnahmsweise. Dies ist dann der Fall, wenn die Sendung auf vorherige Bestellung des Käufers erfolgt ist, oder doch dessen Einverständnis mit der Uebersendung (etwa anf Grund bestehender Geschäftsverbindung) mit Sicherheit vorauszusetzen ist; andernfalls handelt es sich um „Zusendung unbestellter Ware". (Hierüber s. u. §§ 21 und 22.) Die Auswahl oder Mustersendung, die im ausdrücklich erklärten oder vorauszusetzenden Einverständnis des Empfängers erfolgt ist, steht einem Kauf gleich, der bedingt ist durch die Nichtzurücksendung innerhalb angemessener Frist.[2]) Man hat demgegenüber eingewendet, es fehle in diesen Fällen an der Bestimmtheit des Kaufobjektes und daher an der Bestimmtheit der zu behaltenden, also bedingt gekauften Ware. Infolge der Unbestimmtheit des Kaufobjektes könne daher von einem Kauf nicht gesprochen werden.[3]) Diese Ansicht wäre dann zutreffend, wenn man unterstellen könnte, es solle in derartigen Fällen nach dem Willen der Parteien nicht die ganze Ware, sondern nur ein unbestimmbarer Teil gekauft werden. In Wahrheit liegt aber in der Zusendung ein Angebot des Verkäufers zum Kauf der ganzen Auswahlsendung oder auch nach Wahl des Käufers zum Kauf eines Teiles derselben. Der Käufer soll im Zweifel nach dem Vertrage einige Waren billigen können, andere nicht. Darin allerdings unterscheidet sich die bestellte Auswahlsendung vom Kauf auf Probe, dass bei letzterem der Käufer den gekauften Gegenstand nur im Ganzen billigen oder missbilligen kann, während bei der Auswahlbestellung der Käufer auch einen Teil der gekauften Gegenstände billigen bezw. missbilligen kann. Aber dieser Umstand ist nicht so wesentlich, dass die bestellte Auswahlsendung dadurch der Natur des bedingten Kaufvertrags entkleidet würde.[4])

---

[1]) Staub, Anh. zu § 374 Anm. 89 ff.
[2]) Bolze 21, 469; Karlsruhe ZHR. 38, 138.
[3]) Förster-Eccius II § 124 Anm. 109.
[4]) LG. Hamburg vom 23. 12. 10, LZ. 1911 S. 247.

Es sind also die Grundsätze, die wir für das Schweigen beim Kauf auf Probe dargelegt haben, für das Stillschweigen auf Auswahlbestellung ohne weiteres anwendbar. Und zwar kann das Schweigen des Käufers hier sogar Kauf der ganzen Sendung bedeuten, insbesondere wenn Rücksendung innerhalb bestimmter Frist verlangt ist, sogar wenn der Käufer sich innerhalb einer Frist nicht äussert, die sich nur als angemessen herausgebildet hat.[1]) Häufig findet man derartige Fristen in den Verbandsbedingungen kaufmännischer Interessenverbände.

Man wird zusammenfassend sagen können, dass Schweigen auf Auswahlsendungen immer dann als Annahme gilt, wenn diese entweder ausdrücklich bestellt waren oder wenn das Einverständnis des Empfängers mit der Uebersendung vom Absender ohne weiteres erwartet werden dürfte.[2])

§ 8.
Der Fall des § 362 HGB.

Das HGB. hat sich an einer Stelle mit den Rechtsfolgen des Stillschweigens beim Zustandekommen des Vertrags befasst und zwar im § 362. Es handelt sich hier um einen Fall, in dem ein Vertrag zustande kommt, ohne dass das Angebot auch nur angenommen wird. Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das gleiche gilt von einem Kaufman, gleichviel welcher Art sein Geschäftsbetrieb ist, wenn ihm ein solcher Antrag von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

Es muss also ein Kaufmann sein, der sich überhaupt mit der Besorgung von Geschäften für andere befasst, oder der sich dem Auftraggeber gegenüber zu einer solchen Besorgung, eben für den Auftraggeber erboten hat. Die Vorschrift gilt auch für den

---

[1]) Siehe dazu Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche 1 Nr. 233 bis 253 Apt, Gutachten (1907) S. 396/97 S. 531.

[2]) Staub zu § 377 Anm. 202 S. 387.

Schein- oder Minderkaufmann. Andererseits ist es unerheblich, ob der Antragende Kaufmann ist oder nicht.

Man hat viel darüber gestritten, was unter „Besorgung von Geschäften für andere" zu verstehen ist, insbesondere, ob damit nur die Besorgung von Rechtsgeschäften oder auch die Leistung von Diensten tatsächlicher Art verstanden werden kann.[1]) Das RG. steht auf dem Standpunkt, dass Dienste rein tatsächlicher Art auszuscheiden sind,[2]) z. B. das Fensterputzen durch ein Reinigungsinstitut. Das RG. ist weiterhin der Ansicht,[3]) dass unter Geschäftsbesorgung die Besorgung eines Rechtsgeschäfts für Rechnung eines anderen gemeint ist, sei es im eigenen oder fremden Namen und zwar eines Rechtsgeschäfts, das an und für sich der Sorge des andern obliegen würde, durch die daher das Interesse der anderen gefördert wird.

Die Wissenschaft ist aber heute der Meinung, es sei nicht möglich, einen begrifflichen Gegensatz zwischen Geschäftsbesorgung und anderen Dienstleistungen zu schaffen.[4]) Auch die Motive[5]) betonen ausdrücklich, dass Geschäftsbesorgung auch rein tatsächliche Dienste umfasst.

Aber auf diesen Streit wird es hier gar nicht wesentlich ankommen. Vielmehr wird als wesentlich anzunehmen sein, dass die Geschäfte nicht so sehr dem Auftraggeber, als vielmehr für ihn besorgt werden sollen: es muss sich also um Geschäfte handeln, die zu besorgen, d. h. für einen Dritten zu besorgen, an und für sich eine Angelegenheit des Auftraggebers wäre, die nun aber „für ihn" ein anderer, nämlich der Beauftragte zu besorgen übernimmt, Dieses Moment des geschäftlichen Eintretens wird das Entscheidende sein. Es wird sich immer um eine Sache handeln müssen, die sich nicht auf das Verhältnis des Auftraggebers zum Beauftragten beschränkt — wie das beim gewöhnlichen Dienstvertrag die Regel —, die vielmehr den Auftraggeber im Verhältnis zu Dritten angeht. Darnach werden immer die Dienste ausscheiden, die nur der Persönlichkeit des Auftrag-

---

[1]) Der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" findet sich in §§ 662, 663, 675, 677 BGB. und 25 Abs. 2 KO.
[2]) Bd. 65 S. 18.
[3]) Bd. 97 S. 65.
[4]) Düringer-Hachenburg zu § 362 Anm. 2 und die dort zit. Autoren.
[5]) Mot. II S. 520 ff.

gebers oder seinem Haushalt, der Handhabung seines gewerblichen Betriebs geleistet werden (z. B. Waschen der Kleidung, Bedienung der Maschinen). Sie werden ihm geleistet, nicht für ihn besorgt.[1])

So denkt das Gesetz bei der Besorgung an erster Stelle an ganz bestimmte kaufmännische Geschäftszweige,[2]) und zwar an den Agenten, den Kommissionär, den Spediteur, dagegen nicht an den Lagerhalter. Auch nicht an den Frachtführer und Verfrachter von Schiffen. Denn wenn auch in den meisten Fällen die Beförderung von Gütern eine Angelegenheit ist, welche den Absender auch in dem Verhältnis zu einem Dritten, dem Empfänger, angeht, so ist doch bei den heutigen Verkehrsverhältnissen diese Beförderung durchaus der Gegenstand ganz selbständiger Unternehmungen geworden. Der Absender selbst ist gar nicht imstande, die Transportleistung zu beschaffen, weder in Person noch durch seine Angestellten. Schliesst der Spediteur mit einem Frachtführer den Frachtvertrag, so entledigt er den Absender der Mühe, das selbst zu tun. Bei der Beförderung der Güter kommt dagegen eine eigene Ausführung des Absenders gar nicht in Frage. Jedenfalls gilt dies von der Beförderung durch die Eisenbahn, Post und Schiffahrt. Dagegen trifft das Gesagte auf die kleinen Botengänge durch Eilboten, Dienstmänner allerdings nicht zu, so dass auf die kaufmännischen Unternehmungen, die derartige Botengänge zum Gegenstande haben, der § 362 Anwendung findet.

Man wird den Erfordernissen der „Geschäftsbesorgung für Andere“ im § 362 am ehesten gerecht werden, wenn man als unter § 362 fallend die oben genannten Kaufmannstypen bezeichnet, deren Aufgabenkreis dahingeht, die wirtschaftlichen Interessen Anderer wahrzunehmen und zwar durch Handlungen, die — wenigstens teilweise — im Abschluss von Rechtsgeschäften für andere bestehen.[3])

---

[1]) Brodmann in Ehrenbergs Handbuch Bd. 4 II. Abt. „Handelsgeschäfte im allgemeinen“ § 5 S. 29 ff.

[2]) Vgl. Ritter, HGB. zu § 362 Erl. 13a.

[3]) Zahlreiche Beispiele von Geschäftsbesorgungsaufträgen finden sich bei Staub zu § 362 Anm. 4 Das Schweigen einer Trottoirreinigungsanstalt würde demnach nicht unter § 362 fallen, dagegen fällt darunter das Schweigen einer Effektenbank, die für den Kaufmann Wertpapiere verkauft.

Der Auftrag muss dem Kaufmann von jemand kommen, mit dem er bereits in Geschäftsverbindung steht, oder demgegenüber er sich zu Geschäten der betreffenden Art erboten hat. Es muss also eine individuell-persönliche Beziehung zwischen beiden bestehen, die im ersten Fall auf das Moment des Dauernden — z. Zt. und bis auf weiteres Dauernden — in sich tragen muss. Gleichgültig ist dabei, ob auch der bisherige Geschäftsverkehr Besorgungen solcher Art zum Gegenstand gehabt hat oder nicht.[1])

Das Zugehen des Antrages ist an die gleichen Voraussetzungen geknüpft wie im Regelfall. Wir machen hier die interessante Beobachtung, dass die Judikatur dem Kaufmann eine verschärfte Haftung für Handlungen seiner Angestellten auferlegt. In der Regel ist eine an das Kontor eines Kaufmanns in seiner Abwesenheit ergehende telefonische Erklärung ihm in dem Zeitpunkt zugegangen, in dem sie von einem dazu Befugten, als welcher regelmässig jeder kaufmännische Angestellte des Kontors ansusehen ist, entgegengenommen wird.[2]) In seiner Entscheidung vom 7. Februar 1922[3]) hat der 2. Zivil-Senat des RG. diesen Grundsatz ausdrücklich wiederholt mit der Begründung der moderne Geschäftsverkehr habe die Notwendigkeit dieses Grundsatzes mit sich gebracht. Ganz allgemein hat das RG. ausgesprochen,[4]) dass ein Kaufmann, der sich zur Erledigung des Geschäftsverkehrs besonderer Geschäftsräume mit Angestellten bedient, dadurch zu erkennen gibt, dass er mittels dieser Einrichtung mit Dritten zu verkehren bereit ist; er muss daher geschäftliche Kundgebungen, die auf diesem Wege in den Bereich seines Geschäfts gelangen, so gegen sich gelten lassen, als wenn sie an ihn persönlich erfolgt wären. Auf das Mittel der Kundgebung, ob mündlich, schriftlich, fernmündlich oder fernschriftlich, kann es dabei nicht ankommen.

Unverzüglich muss der Kaufmann antworten. Die Art der Antwort richtet sich nach den Umständen des Falles. Hier hat sich das RG. schon in seiner Entscheidung vom 21. September 1915[5]) grundlegend geäussert: „Nach den Gepflogenheiten und

[1]) Düringer-Hachenburg zu § 362 Anm. 7 Ziff. 3.
[2]) RG. Bd. 61 S. 125.
[3]) JW. 1922 S. 1194.
[4]) Bd. 102 S. 295.
[5]) JW. 1915 S. 1259.

Einrichtungen des Verkehrs muss von einem Kaufmann verlangt werden, dass er bei wichtigen, grösserer Eile bedürftigen Geschäften, wenn es sich darum handelt, dem anderen Teile von massgebenden Entschliessungen alsbald Kenntnis zu geben, sich zur Uebermittlung dieser Erklärungen der Mitteilung durch Telegramm oder Telefon bedient. In diesen Fällen kann der andere Teil erwarten, dass ihm der erforderliche Bescheid auf dem durch die heutigen Verkehrsmittel gegebenen schnellsten Wege zugeht."

Schweigt nun der Empfänger, äussert er sich nicht unverzüglich und zwar ablehnend, so kommt der Vertrag ohne Annahme, also auch gegen den Willen des Beauftragten zustande. Obwohl ein Vertragsverhältnis nicht besteht, so trifft den Empfänger die Pflicht, den Auftrag zu prüfen, wie dringlich er ist und wie schneller Ablehnung er bedarf. Wichtig ist, dass der Beauftragte, der den Antrag nicht annehmen will, sich den Beweis sichern muss, dass er geantwortet hat; ihn wird in dieser Hinsicht die Beweislast treffen.

Antwortet der Antragsempfänger nicht unverzüglich, so ist der angetragene Vertrag geschlossen. Das Schweigen gilt als Annahme und der erteilte Auftrag, der angetragene Dienst- oder Werkvertrag, ist zustande gekommen. Der Geschäftsbesorger ist verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen zur Vermeidung aller Rechtsfolgen, welche die Nichterfüllung eines solchen Vertrags nach sich zieht (Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also das Erfüllungsinteresse). Im Falle des § 362 wird das blosse Stillschweigen als genügende Annahmeerklärung hingestellt. Während § 151 BGB. immer noch eine Annahmeerklärung oder vielmehr eine Annahmehandlung erfordert — sie braucht nur dem Antragenden nicht kundgegeben zu werden —, sieht § 362 HGB. von jeder Annahmeerklärung und jeder Annahmehandlung ab. Wo also § 362 HGB. Platz greift, ist für den Tatbestand des § 151 BGB. kein Raum mehr.

Was das Verhältnis des § 362 HGB. zu § 663 HGB. betrifft, so ist letztere Vorschrift nur als Ergänzung der ersteren anwendbar. Sie statuiert eine Verpflichtung desjenigen, welcher zur Besorgung von Geschäften öffentlich bestellt ist, oder welcher sich öffentlich oder gegenüber dem Auftraggeber dazu

erboten hat, falls er einen ihm zugehenden auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag ablehnt, dies dem Antragsteller unverzüglich anzuzeigen. Der § 675 BGB. dehnt diese Vorschrift auf denjenigen Dienstvertrag oder Werkvertrag aus, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat.

In diesen Fällen gilt aber Schweigen nicht gleich Annahme. Im Gegenteil, wenn der Antragsempfänger nichts erklärt, so gilt der Antrag als abgelehnt; für den Schaden, der dem Antragenden dadurch erwächst, dass ihm die Ablehnung nicht unverzüglich angezeigt wurde, ist jedoch der Antragsempfänger im Fall des § 663 BGB. verantwortlich lediglich für das negative Vertragsinteresse. Im Fall des § 362 HGB. dagegen, in dem der Vertrag durch das Schweigen des Antragsempfängers zustande kommt, ist der Empfänger im Fall der Nichterfüllung zum Ersatz des positiven Interesses verpflichtet.

Weist der Sachverhalt die Erfordernisse der handelsrechtlichen wie bürgerlich-rechtlichen Vorschrift auf, so hat nach Art. 2 Abs. 1 EGHGB. die handelsrechtliche den Vorzug. Es wird also in diesen Fällen die unterlassene Antwort Annahme bedeuten.

§ 9.

Das Stillschweigen des Kaufmanns auf unbefugte Abschlüsse seiner Hilfspersonen.

Es sollen hier nur die Fälle Erörterung finden, in denen das Recht normativ zu dieser Frage Stellung genommen hat.[1]) 1. Nach § 85 HGB. gilt ein Geschäft, das ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittlung von Geschäften betraut ist, im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen hat, als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschluss des Geschäftes Kenntnis erlangt hat, widerspricht. Ein blosser Vermittlungsagent ist jeder Agent, der nicht Vollmacht zum festen Abschluss namens des Geschäftsherrn hat. Die Vorschrift bezweckt den Schutz des mit dem Vermittlungsagenten kontrahierenden Publikums. Es liegt in dieser Bestimmung eine Abänderung der im § 177 BGB. enthaltenen Regelung der Folgen des Handelns eines Vertreters ohne Ver-

[1]) Im übrigen vgl. unten § 25.

tretungsmacht. Die Abänderung liegt darin, dass der Geschäftsherr, nachdem er die Anzeige von dem Abschluss des Geschäfts erhalten hat, sofort anzeigen muss, dass er ablehne, widrigenfalls er genehmigt hat, während nach § 177 BGB. ihm eine solche Erklärungspflicht nicht obliegt, er vielmehr die Anzeige von dem Vertragsschluss durch den angeblichen Vertreter unbeachtet lassen und sich auf den Standpunkt stellen kann, der Geschäftsabschluss gehe ihn nichts an.

Die Anwendung des § 85 HGB. hat zur Voraussetzung, dass der Geschäftsherr von der Ueberschreitung der dem Vermittlungsagenten erteilten Ermächtigung Kenntnis erhalten hat; durfte er annehmen, dass der Agent die Grenzen der Ermächtigung nicht überschritten habe, so hatte er keine Veranlassung, die Ablehnung des Geschäftsabschlusses dem Dritten zu erklären.[1]) Ferner darf die Vorschrift des § 85 nicht auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen der Agent für den Geschäftsherrn nicht fest abschliesst, sondern nur für diesen eine den Dritten bindende Offerte entgegennimmt. Durch die Bestimmung des § 85 sollen Dritte, die infolge ihres guten Glaubens an die Abschlussvollmacht des Agenten das Geschäft für fest geschlossen halten, davor geschützt werden, dass der Geschäftsherr nicht noch nach längerer Zeit das Geschäft wegen Nichterteilung der Abschlussvollmacht als für sich unverbindlich abweist. Ein gleiches Schutzbedürfnis liegt aber bei denjenigen, die von vornherein mit der Ablehnung ihrer Offerte durch den Geschäftsherrn rechnen müssen, nicht vor. Der § 85 will nicht demjenigen, dem der Agent nur seine Vermittlungsdienste angeboten hat, einen Vertrauensschutz in der Richtung gewähren, dass er von einem bestimmten Zeitpunkt an mit der Vertragsannahme seitens des Geschäftsherrn rechnen darf. Der § 85 ist daher unanwendbar auf die Fälle, in denen der Agent sich die Genehmigung des Geschäftsherrn zu dem abgeschlossenen Geschäft vorbehalten hat. Aus dem gleichen Grund kann sich endlich der § 85 auch nicht auf Geschäfte beziehen, zu deren Abschluss der Vermittlungsagent selbst dann nicht befugt gewesen wäre, wenn er Abschlussvollmacht gehabt hätte.[2])

---

[1]) RG. LZ. 1924 S 463 Nr. 5.

[2]) Vgl. Titze JW. 1920, 47 zu RGJW. 20 S. 47 Nr. 8; ferner RG. Bd. 96 S. 288.

2. Die Vorschrift des § 386 HGB. befasst sich mit dem Stillschweigen des Prinzipals gegenüber dem weisungswidrigen Verhalten des Kommissionärs und zwar mit dem Sonderfall der Ueberschreitung des Limits. Während im allgemeinen bei auftragswidrigem Abschluss des Geschäfts durch den Kommissionär in dem Schweigen des Kommittenten auf die Ausführungsanzeige hin keine Genehmigung des Geschäfts zu erblicken ist, besteht in dem Sonderfall des § 386 HGB. eine solche Erklärungspflicht für den Geschäftsherrn, wenn er die Abweichung von der Preisbestimmung nicht genehmigen will. Diese besondere Regelung hat ihren Grund darin, dass für die Frage der Opportunität eines Kaufgeschäfts der Preis der ausschlaggebende Faktor ist und das Schwanken des Preises im Geschäftsleben die Chancen von Gewinn und Verlust in sich trägt. Deshalb darf es hier dem Kommittenten nicht gestattet sein, den Kommisionär länger, als der ordnungsmässige Geschäftsgang es mit sich bringt, darüber im Unklaren zu lassen, ob er das unter Abweichung von dem Limit abgeschlossene Geschäft als Ausführung der Kommission gelten lasse oder nicht. Andererseits würde er auf Kosten des Kommissionärs spekulieren. In diesem besonderen Fall der Auftragswidrigkeit des von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäfts hat der Kommittent das Recht auf Zurückweisung nur dann, wenn er unverzüglich nach Empfang der Ausführungsanzeige die Zurückweisung erklärt. Geschieht dies nicht, so gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt.

Die Erklärung der Zurückweisung muss unverzüglich erfolgen; eine mässige Frist zur Abwägung seiner Entscheidung, nach Befinden auch zur Einholung rechtlichen Rates, kann der Kommittent in Anspruch nehmen, aber niemals darf er den Verstoss des Kommissionärs zu Spekulationen ausnutzen. Die Erklärung selbst ist empfangsbedürftig. Ferner kann das Schweigen auf die Ausführungsanzeige nur dann die erwähnten Rechtsfolgen zeitigen, wenn der Kommittent die Anzeige erhalten hat und wenn diese auch die Limito-Ueberschreitung klar erkennen liess.

Sind diese Vorauesetzungen gegeben und hat sich der Kommittent nicht erklärt, so kann er nicht nur das Geschäft nicht mehr zurückweisen, es gilt auch die Abweichung als genehmigt. Er muss das Geschäft gegen sich, als für seine Rechnung erfogt

anerkennen, es wird so angesehen, als beruhe die Abweichung auf seinem Willen, sei keine Vertragswidrigkeit.

§ 10.

Das Stillschweigen beim kaufmännischen Wettbewerbs-Verbot.

1. Nach § 60 HGB. ist dem Handlungsgehilfen das Betreiben eines Handelsgewerbes und der Abschluss einzelner Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung verboten, vorausgesetzt, dass der Prinzipal seine Einwilligung hierzu nicht erteilt. In dem Stillschweigen des Prinzipals ist dann eine Einwilligung zum Betrieb des Handelsgewerbes zu erblicken, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, dass er das Gewerbe betreibt und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart. Dabei ist aber nicht ausreichend, dass dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen dessen Gewerbebetrieb bekannt sein müsste, d. h. dass er ihn nur fahrlässigerweise nicht kennt. Nur wenn der Prinzipal bei der Anstellung von dem Gewerbebetrieb des Handlungsgehilfen tatsächlich weiss, gilt er als zustimmend, wenn er die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart. Erfährt der Prinzipal später davon, dass der in seinem Dienst stehende Gehilfe ein Handelsgewerbe betreibt, und widerspricht er eine Zeitlang nicht, so wird man auch hier regelmässig eine Einwilligung in den Gewerbebetrieb erblicken müssen. Das gleiche gilt, wenn der Prinzipal längere Zeit geduldet hat, dass der Handlungsgehilfe in dem Handelszweige des Prinzipals Geschäfte gemacht hat. Teilt ferner ein Gehilfe dem Prinzipal mit, dass er ein einzelnes Geschäft in seinem Handelszweige abschliessen wolle und widerspricht der Prinzipal nicht, so wird auch darin in der Regel eine Einwilligung, jedoch nur zur Vornahme dieses Geschäfts, zu erblicken sein; denn der Prinzipal würde sonst arglistig handeln, wenn er den Gehilfen Aufwendungen zum Abschluss eines Geschäftes machen liesse, das er nicht genehmigen will.

Wenn jedoch der Prinzipal unter dem Einfluss schwieriger Zeitverhältnisse (z. B. Personalnot) gegen missbräuchliche Handlungen seiner Angestellten nicht in der Weise einschreitet, wie es

unter normalen Verhältnissen geschehen wäre, so ist darin nicht ohne weiteres eine stillschweigende Einwilligung zu erblicken.[1])

2. Mit dem Verbot des Wettbewerb-Betriebes eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft ohne Einwilligung der anderen befasst sich der § 112 HGB., der in seiner Fassung dem § 60 HGB. stark angenähert ist. Die Ratio beider Bestimmungen ist aber eine verschiedene. Das Wettbewerbsverbot des Handlungsgehilfen soll dem Prinzipal das Recht auf ungeschmälerten Genuss der Arbeitskraft des Angestellten sichern. Das Konkurrenzverbot des Gesellschafters ist u. A. der Besorgnis entsprungen, dass der mit den geschäftlichen Verhältnissen der Gesellschaft intim vertraute Gesellschafter diese Kenntnisse in illoyaler Weise zum Nachteile der Gesellschaft für sich persönlich ausnützen könnte. Das Verbot trifft alle Gesellschafter, und gilt nur für die Dauer des Bestehens der Gesellschaft. Es ist den Gesellschaftern untersagt, in dem Handelszweige der Gesellschaft für sich Geschäfte zu machen, ferner an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilzunehmen. Auch hier gilt aber das Verbot der Konkurrenz nur für die ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter vorgenommenen Geschäfte.

Das blosse Schweigen der anderen Gesellschafter kann auch hier als Einwilligung aufzufassen sein und zwar regelt den besonderen Fall der stillschweigenden Einwilligung der Abs. 2 des § 112. Die Einwilligung zur Teilnahme an einer anderen Gesellschaft gilt als erteilt, wenn den anderen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft diese Beteiligung bekannt war und sie nicht deren Aufgabe ausdrücklich ausbedungen haben. Diese Regel gilt aber nur für den Fall der Beteiligung eines Gesellschafters an einer anderen Gesellschaft. Auch hier muss aber die Teilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft, um stillschweigend genehmigt werden zu können, allen übrigen Gesellschaftern tatsächlich bekannt sein, es ist volle Kenntnis zu verlangen; es genügt nicht ein blosser Verdacht oder ein blosses Kennenmüssen.

---

[1]) RG. v. 19. 12. 24, Bd. 109 S. 355. „Hierher gehört es, wenn das Spekulieren der Bankangestellten unter den Augen gleichfalls spekulierender Vorgesetzter zur geduldeten Alltagserscheinung wurde."

Erfahren die Gesellschafter erst später von der Zuwiderhandlung gegen das Konkurrenzverbot, so kann ihr stillschweigendes Verhalten als Einwilligung gedeutet werden. Hiefür gibt es keine gesetzliche Norm, es kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an.

Die Einwilligung gilt im Falle des Abs. 2 dann als erteilt, wenn nicht die Aufgabe der Beteiligung ausdrücklich bedungen ist; es bedarf also keiner positiven Feststellung, dass die übrigen Gesellschafter den Willen hatten, die Einwilligung zu erteilen. Nur eine positive Vereinbarung schliesst diese Wirkung aus.

Es kann aber in diesem Falle, in dem ein Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen im Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte macht, in dem Verhalten der übrigen eine Einwilligung hierzu zu erblicken sein, es kann auch hier das Schweigen der anderen als Einwilligung aufzufassen sein. Es muss dies aber nicht sein und wird auf die Umstände des einzelnen Falles anzukommen haben. So wird es z. B. keiner besonderen Verwahrung bedürfen, wenn ein neuer Teilhaber in eine bestehende Gesellschaft eintritt, der bis dahin der Gesellschaft Konkurrenz gemacht hat. Denn hier werden die Gesellschafter ohne weiteres erwarten dürfen, dass er dies nun unterlässt.

Auch für die Zeit nach Beendigung der Gesellschaft werden Wettbewerbsverbote häufig vereinbart. Dies kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn ein 70jähriger Prinzipal sich vom Geschäft zurückziehen will und dieses deshalb seinem bisherigen Reisenden verkauft.[1]) Ferner kann erwartet werden, dass der Geschäftsveräusserer nachmals nicht eine Firma annimmt, die der übertragenen ähnlich lautet, auch wenn darüber nichts vereinbart ist.[2]) Bestritten ist, ob man ganz allgemein bei Veräusserung eines kaufmännischen Unternehmens die stillschweigende Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes unterstellen darf.[3]) Auszugehen ist hiebei m. E. davon, dass nach dem Willen der Parteien regelmässig der Betrieb mit Kundschaft übergehen soll; dafür hat der Verkäufer ohne weiteres soweit Gewähr zu leisten, dass er, wenn er auch nicht den Betrieb durch Tun zu fördern

[1]) RG. DJZ. 08, 425.
[2]) RG. „Recht" 08 Nr. 2073.
[3]) verneinend OLG. München in LZ. 1915, 568.

hat, so doch alles zu unterlassen hat, was eine Beeinträchtigung des Kundenkreises des verkauften Geschäftes mit sich führen könnte. Dies folgt aus dem Vertrage und deshalb gehört es zur Vertragserfüllung; einer besonderen Konkurrenzklausel bedarf es nicht. In seiner Entscheidung vom 31. Mai 1927[1]) hat das RG. ausgesprochen, dass der Verkäufer eines kaufmännischen Geschäfts verständigerweise nicht erwarten kann, der Käufer wolle ihm freistellen, die Kundschaft durch Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes an sich zu ziehen. „Ein solches Ergebnis widerspräche den mutmasslichen Absichten vernünftig und redlich handelnder Kaufleute".

B. Die Bedeutung des § 346 HGB. für die rechtliche Wertung des Stillschweigens im Handelsrecht:

a) Im allgemeinen:

§ 11.

Die Handelssitte und ihre Bedeutung im allgemeinen.

Es wurden bisher die Fälle einer Würdigung unterzogen, in denen der Gesetzgeber ausdrücklich dem Schweigen unter genau festgestellten Umständen rechtliche Bedeutung zuerkannt hat. Im übrigen wird die Frage, wann dem Schweigen im Handelsverkehr rechtserhebliche Bedeutung zukommt, weder im BGB. noch im HGB. ausdrücklich behandelt. Dennoch begegnen wir schon in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts vielfach der Auffassung, dass das Schweigen des einen Teils auf eine Willenserklärung des andern Teils, die im Falle des Nichteinverständnisses des Empfängers alsbaldige Antwort desselben erheischt haben würde, als Einverständnis mit dieser Willenserklärung aufgefasst wird.[2]) Die darin entwickelten Grundsätze hat das RG. — wie wir sehen werden — in späteren Entscheidungen aufrecht erhalten und weiter ausgebaut.[3])

Wir stehen vor der Frage, worin der Grund dieser Recht-

---

[1]) Bd. 117 S. 176.

[2]) ROHG. Bd. 1 S. 81 ff., Bd. 3 S. 113, Bd. 4 S. 205, Bd. 15 S. 96, Bd. 16 S. 41, Bd. 22 S. 130 ff., Bd. 24 S. 196.

[3]) RG. Bd. 30 S. 62, RG. JW. 1894 S. 318 Nr. 22, RG. JW. 1897 S. 88 Nr 34, RG. JW. 1898 S. 162 Nr. 29, RG. v. 10. Febr. 1898, Sächs. Arch. Bd. 8 S. 451.

sprechung zu erblicken ist. Da wäre es zunächst naheliegend, anzunehmen, es handle sich einfach um eine analoge Anwendung der im Gesetze ausdrücklich festgelegten Fälle, in denen das Gesetz eine ungesäumte Erklärung unter dem Präjudiz der Genehmigung vorgeschrieben hat.[1]) Aber das ROHG. hat bereits in seiner Entscheidung Bd. 1 S. 79 ausgesprochen: „Diese Stellen sind keineswegs blosse Konsequenzen des allgemein gewollten und nur in bestimmten Richtungen ausgesprochenen Prinzips, dass überhaupt im Handelsverkehr das Stillschweigen auf Anfrage, Anzeige, Antrag schlechthin als Genehmigung zu gelten habe; sie sind darum der analogen Anwendung unfähig."[2]) Da im Handelsverkehr und Handelsrecht das Prinzip anerkannt ist, dass eine Antwortpflicht in der Regel nicht besteht, wenn auch Umstände eintreten können, in denen eine Erwiderung erfolgen muss, so kann es sich in den genannten Fällen nur um Ausnahmen handeln, die „die Regel bestätigen". Eine analoge Anwendung kann nicht in Frage kommen.[3])

Die genannten Entscheidungen haben vielmehr ihren Grund darin, dass der Gesetzgeber bei der Auslegung des Parteiverhaltens, deren Tun oder Unterlassen, der „aus der Erfahrung zu entnehmenden tatsächlichen Uebung",[4]) der „den Geschäftsverkehr beherrschenden Uebung"[5]) eine besondere Bedeutung zuerkannt hat. So wird denn schon durch § 133 BGB. bei der Auslegung von Willenserklärungen die reine Buchstabeninterpretation verworfen. Nach dem Sinn des § 133 BGB. ist die Willenserklärung vielmehr als Ganzes aufzufassen; unter Beachtung dieses Zweckes, insbesondere des wirtschaftlichen Zweckes[6]) dieses Ganzen ist unter Berücksichtigung aller bei Abgabe der Erklärung erkennbaren (wenn auch vom Gegner tatsächlich nicht erkannten) Nebenumstände zu fragen, was der Erklärende mit dem Erklärten hat zum Ausdruck bringen wollen. „Diese vom Zwecke des Geschäfts ausgehende Interpretation hat auch die Ortssitte und Verkehrssitte zu beachten, welche sich vielleicht bezüglich der Fas-

[1]) So Art. 323, jetzt § 362, Art. 347 Abs. 2 -4, jetzt § 377, Art. 364 Abs. 2, jetzt § 386, Art 59 Abs. 2, jetzt § 60 Abs. 2, Art. 96 Abs. 2, jetzt § 112 Abs 2.
[2]) Ebenso ROHG. Bd. 1 S. 149.
[3]) So neuerdings RGE. v. 1. April 1919, RG. Bd 49 S. 162.
[4]) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 32.
[5]) RG. Bd. 82 S. 52.

sung einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften entwickelt hat".[1]) In den §§ 157, 242 BGB. hat der Gesetzgeber nun der Verkehrssitte rechtserhebliche Bedeutung verliehen. Auf dem Gebiete des Handelsrechts aber stehen ihr „die im Handelsverkehr herrschenden Gewohnheiten und Gebräuche" gleich. Die Handelssitte ist die Verkehrssitte auf einem bestimmten Anwendungsgebiete.

Schon der Art. 279 ADHGB., mit welchem § 346 des HGB. hinsichtlich der Beziehungen von Kaufleuten zueinander übereinstimmt, hatte ausgesprochen, dass „in Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist". Heute bestimmt § 346 HGB. von den Handelsgewohnheiten und Gebräuchen dasselbe, was nach § 157 BGB. im allgemein bürgerlichen Verkehr von der Verkehrssitte gilt. Da die Vorschrift des § 157 BGB. auch auf Handelsgeschäfte Anwendung findet, kommt dem § 346 HGB. eine besondere Bedeutung nur insofern zu, als er verfügt, dass die im Verkehr unter Kaufleuten geltenden Gebräuche nur im Rechtsverkehr unter Kaufleuten zur Anwendung kommen. Es liegt auf der Hand, dass der § 346 HGB. sich mit dem Handelsgewohnheitsrecht nicht befasst hat. Denn wie dieses als originäre selbständige Rechtsquelle durch Vorschriften des Gesetzes nicht beschränkt werden kann, so kann m. E. der Gesetzgeber zum mindesten auch keine Veranlassung haben, dem Handelsgewohnheitsrecht als einer ausserhalb des Gesetzes stehenden selbständigen Rechtsquelle eine bestimmte Bedeutung zuzuerkennen. Dazu wäre das Gesetz gar nicht in der Lage. Es ergibt sich übrigens auch aus dem Wortlaut des § 346, dass es dort nur auf die Handelssitte anzukommen hat.[2])

Andererseits sind aber blosse Verkehrsanschauungen nicht ausreichend;[3]) ebensowenig ist ein Geschäftsgebrauch, d. h. „ein gleichartiges Verfahren, das sich in dem betreffenden Kreis von Geschäftsleuten gebildet hat", eine Verkehrssitte, weil diese Kreise gerade in ihrem Interesse so verfahren haben können; es kommt

[1]) Staudinger-Riezler zu § 133 Ziff. 3 S. 551.

[2]) Auf eine Verkehrssitte, die sich zur Rechtsübung verdichtet hat, ist natürlich um so mehr Rücksicht zu nehmen.

[3]) RG. Bd. 49 S. 162; Warn. Rechtsprechung 1919 Nr. 192.

vielmehr darauf an, ob sich tatsächlich ein allseitig gebilligter oder wenigstens widerspruchsloser Gebrauch entwickelt hat, der kein Missbrauch ist.[1])

Ferner wird nur eine solche Verkehrssitte zu berücksichtigen sein, die ihrer Natur nach sich auf das betreffende Rechtsgeschäft erstreckt, eine Verkehrssitte der beteiligten Kreise.[2]) Ein räumlich beschränkter Handelsbrauch gilt nur für Geschäfte, die nach ihrem eigentlichen Wesen, also nach Bedeutung und Wirkung, diesem beschränkten Gebiete angehören,[3]) z. B. Marktgebräuche für Marktgeschäfte. Bestritten ist, ob eine längere Zeit zur Entstehung eines Handelsbrauchs erforderlich ist.[4])

Das Bestehen einer Verkehrssitte ist Gegenstand des Beweises wie jede andere tatsächliche Behauptung. Beweispflichtig ist derjenige, der sich darauf beruft. Der Umfang der Verkehrssitte oder des Handelsbrauchs muss so bestimmt von dem Behauptenden angegeben werden, dass erkennbar ist, dass die Verkehrssitte oder der Handelsbrauch gerade auf dem gegenwärtigen Rechtsstreit Anwendung findet.

Ob eine Verkehrssitte besteht, ist reine Tatfrage, daher ist die Nachprüfung in der Berufungsinstanz möglich,[5]) dem Revisionsgerichte dagegen entzogen.[6])

Aus dieser Beurteilung der Handelsgewohnheiten und Gebräuche wird sich ein zweifaches ergeben:

a) Die Handelsgewohnheiten und Gebräuche finden Anwendung ohne Rücksicht darauf, ob dies dem Willen der Parteien entspricht und ob sie das Bestehen der Uebung kannten oder

---

[1]) Staub zu § 346 Anm. 7 S. 21; RG. JW. 1905 S 299.

[2]) RG. JW. 06, 736.

[3]) RG. Bd. 97 S. 215.

[4]) Verneinend RG. LZ. 1920 S. 439. A. A. RG. Bd. 110 S. 48: „Um einen Handelsbrauch annehmen zu können, ist erforderlich die durchgehende Zustimmung und Rechtsüberzeugung von Handel und Gewerbe, ferner ein gewisser Zeitraum. Als weiteres Erfordernis zur Annahme eines Handelsbrauchs verlangt das RG. im Bd. 118 S. 140 eine „gleichmässige Uebung". Fasst man diese von der neuesten Judikatur aufgestellten Erfordernisse zusammen, so kommt man zu dem Ergebnis, dass das RG. an die Bildung der Handelsgebräuche heute nahezu die gleichen Erfordernisse stellt, wie sie seit langem für die Bildung des Handelsgewohnheitsrechts gefordert werden. Damit geht das RG. m. E. zu weit.

[5]) RG. Bd. 44 S. 34.

[6]) RG. Warn. Rechtsprechung 1919 Nr. 31; RG. Bd. 74 S. 124.

nicht, also auch ohne den Willen der Parteien. Die Verkekrssitte füllt die Lücke aus, welche das Parteiverhalten liess.

b) Die Handelsgewohnheiten und Gebräuche sind anwendbar, auch wenn die Partei die Anwendnng derselben nicht wollte, es aber unterliess, diesem gegenteiligen Standpunkt Gestalt zu geben, also auch gegen den Willen der Partei.[1])

Eine Ergänzung der „Erklärung" liegt schon in der Heranziehung und Beachtung der Umstände, unter welchen sie erfolgt. Beide Teile sehen sie, kennen sie, und weil durch dieselben das Verständnis des Besprochenen mitbestimmt wird, bleibt manches unausgesprochen und kann unausgesprochen bleiben. Nicht nur Gegenwärtiges kommt in Betracht. Oft sind dem Vertragsschluss Verhandlungen vorausgegangen, in denen der beiderseitige Wille zum Ausdruck gekommen ist und in dem kurzen abschliessenden und entscheidenden Wort ist alles oder vieles aus den Vorverhandlungen mit gedacht, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen. Nicht nur Vorverhandlungen der Partei, sondern überhaupt Vorausgegangenes kann in gleicher Weise von Bedeutung werden. Wie dort beim Abschluss oft umfangreiche Vereinbarungen, in ein kurzes Wort zusammengefasst, zum gewollten Ausdruck kommen, so liebt insbesondere der Handelsverkehr die Kurzsprache dieser Art. Was sich in zahlreichen gleichgelegenen Fällen typisch wiederholt, wird bald nicht mehr im einzelnen erwähnt, sondern kommt in kurzen, wiederum meist typisch gewordenen Wendungen zum Ausdruck, in Klauseln wie Cif und Fob, tel quel, wie besehen, freundschaftlich, Berliner Arbitrage, Parität Leipzig etc.[2]) Während in Klausel und Usance das Typische zur konkreten Anwendung im einzelnen Fall kommt, pflegen umgekehrt Kaufleute, insbesondere Grossunternehmer oder Vereinigungen von solchen das Besondere der Verträge, die sie dem Publikum anbieten, zu allgemeinen Bedingungen auszugestalten, welche, im voraus formuliert, dem einzelnen Vertrag durch Bezugnahme auf sie einverleibt werden, so dass wir auch hier

[1]) Ist es z. B. im Transportverkehr üblich, dass bei gewissen Gefahren (z. B. Eisgang) der Binnenschiffer die hierdurch erwachsenen höheren Kosten nicht trage, sondern diese dem Verfrachter obliegen, so bedarf es einer anderweitigen Regelung im Frachtvertrag, um dies auszuschliessen.

[2]) Eine ziemlich vollständige Zusammenstellung der gebräuchlichsten Klauseln findet sich bei Ritter, HGB. § 346 Note 6.

jene Kurzsprache wieder finden, die mit wenigen Worten oft Bestimmungen im Umfang ganzer Gesetze bezeichnet und zum Vertragsinhalt erhebt. Man denke hier nur an die Versicherungsgesellschaften und die grossen Transportanstalten, Post und Eisenbahn,[1]) ferner an die anderen Verkehrsanstalten, Strassenbahnen, Dampferlinien etc. Hier ist dann der § 346 — wie wir sehen werden — von Bedeutung für die Frage, ob die Bezugnahme auf die allgemeinen Bedingungen genügt, bzw. ob diese auch stillschweigend erfolgen kann. Es gehören hierher überhaupt alle die Fälle, in denen durch Verwendung von vorgedruckten Formularen mehr oder weniger umfangreiche Bedingungen, Klauseln, Vorbehalte etc., kurz Dinge in den Vertrag hineingebracht werden, die durch Ausfüllung und Vollziehung des Formulars dem äussern Tatbestand nach erklärt worden sind, von denen man aber doch allen Anlass hat, zu zweifeln, ob der andere — nicht selten auch der Antragsteller selbst — sie auch nur gelesen und ob er sie wirklich gewollt hat.[2])

Alle diese Fälle haben das Gemeinsame, dass hier Vorgänge menschlichen Bewusstseins sich in verschiedenen Graden von Klarheit und Bestimmtheit abspielen. Darin hat hier die Auslegung ihren Grund, immer aber greift in diesen Fällen der § 346 zur Auslegung des Willens und der Erklärung ein. Denn in allen Fällen, die wir bis jetzt in diesem § erörtert haben, handelt es sich noch um eine solche. In allen diesen Fällen wirtschaftlicher Kurzsprache und Bezugnahme sind noch die Dinge, die auf Grund des § 346 rechtliche Geltung erlangen, wenigstens dem äusseren Tatbestand nach erklärt.

---

[1]) Die Frage nach der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Vertragspartei erledigt sich in Beziehung auf die Post und die Eisenbahn dadurch, dass die Eisenbahnverkehrsordnung und auch die Postordnung Rechtsnormen sind. Wegen der EVO. siehe Staub zu § 453 Erl. 2; Zur Postordnung siehe Postgesetz vom 28. 10 71 § 50 Abs. 2: Diese Vorschriften „gelten" als Bestandteil des Vertrags zwischen der Postanstalt und dem Absender bzw. Reisenden, vgl. dazu RG. Bd. 43 S. 99.

[2]) Holdheim, MSchr. 1900 S. 78.

§ 12.

Die besondere Bedeutung der Handelssitte für die rechtliche Wertung des Stillschweigens im Handelsrecht. Die juristische Rechtfertigung.

Der Rechtsverkehr hat sich der Vorschrift des § 346 nicht nur zur Auslegung des positiven Tuns der Parteien in ungeahnter Weise bemächtigt, der § 346 hat vielmehr auch zur Folge gehabt, dass dem blossen Unterlassen, dem Schweigen, eine bisher nicht voraussehbare Bedeutung unter bestimmten, später darzulegenden Umständen zuerkannt worden ist. Von jeher ist der Kaufmann geneigt, sich dem anzuschliessen, was durch ständige Uebung am Platze zur tatsächlich eingehaltenen Regel geworden ist, dem Handelsgebrauch, der Börsen-Usance, dergestalt, dass ein solcher Wille nicht mehr ausgesprochen zu werden pflegt und nicht mehr ausgesprochen zu werden braucht. Gerade aber in den Entscheidungen der letzten Jahre machen wir die interessante Wahrnehmung, dass die Tendenz stetig steigt, an ein Verhalten, das rein objektiv nicht auf einen bestimmten Willen schliessen lässt und das subjektiv von keinem entsprechenden Willen getragen wird, auf Grund der Verkehrssitte und der Handelsbräuche Rechtsfolgen zu knüpfen, wie an ausdrückliche Willenserklärungen. Der Grund ist in Erscheinungen des Wirtschaftslebens zu suchen. Die Rechtsprechung ist hier nur den Bedürfnissen des Verkehrslebens gefolgt. Der Wirtschaftsverkehr spielt sich nicht mehr unter Kaufleuten ausschliesslich von Person zu Person ab. Vereinigungen, Kartelle und Trusts schieben sich dazwischen, die die Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, an die sich die einzelnen Mitglieder zu halten haben, festlegen. Gebräuche werden zu Normen von allgemeiner Geltung und beschränken die dispositiven Möglichkeiten des einzelnen, treten sogar an die Stelle nichtiger Vertragsbestandteile, z. B. bei Tarifverträgen. Wesentliche Bestandteile werden nicht mehr besonders vereinbart. Es wird einfach auf die Geschäftsbedingungen eines grossen Interessenverbandes, dessen Inhalt der Vertragsgegner vielleicht gar nicht kennt, Bezug genommen. Der Wirtschaftsverkehr ist mechanisiert und typisiert. Unter diesen Umständen ist man in der Rechtsprechung mehr und mehr dazu übergegangen, auch das Verhalten des einzelnen, insbesondere

wenn es sich um einen Kaufmann handelt, dessen Tun und Unterlassen, mehr und mehr ohne Rücksicht auf dessen Willen typisch zu beurteilen. Man hat erkannt, dass es heute die erste rechtsethische und geschäftsethische Pflicht des Kaufmanns ist, in einer Zeit, in der der rechtsgeschäftliche Verkehr auf Schritt und Tritt von Gefahren umgeben ist, sein Verhalten so einzurichten, dass der rechtsgeschäftliche Gegner weiss, wie er daran ist, andernfalls der Geschäftsgegner in der Lage sein muss, entsprechende Rechtsfolgen aus dem Unterlassen der Erklärung zu ziehen.

Wir haben gesehen, dass ein dringendes Bedürfnis in den letzten Jahren mehr und mehr hervorgetreten ist, auch der Passivität des Kaufmanns rechtserhebliche Bedeutung beizumessen. Aber dieses wirtschaftliche Bedürfnis allein hätte zur Rechtfertigung der Entscheidungen, mit denen wir uns in der Folge im einzelnen befassen wollen, nicht genügt. Wir fragen nach der rechtlichen Grundlage. Wie war es möglich, dass § 346 eine so überragende Bedeutung nicht nur für die Auslegung des positiven Tuns, sondern auch für das Nichttun, das Schweigen, erlangen konnte?

Die herrschende Meinung vertritt die Ansicht, dass das Schweigen als Unterlassung im Sinne des § 346 gilt.[1]) Auf diesen Standpunkt hat sich auch schon bezüglich des Art. 279 ADHGB. das ROHG. gestellt, das im Bd. 15 S. 95 ausgesprochen hat, dass „in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Unterlassungen, wozu das Stillschweigen (auf Mitteilungen in der kaufmännischen Korrespondenz) gehört, auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen" ist.

Die Rechtslehre hat einen anderen Weg eingeschlagen, der jedoch zum gleichen Ziele führt: Es hat zeitweise Zweifel darüber geherrscht, ob das Schweigen, also ein rein passives Verhalten, die Bedeutung einer Willenserklärung haben kann. In der älteren Literatur finden wir die Ansicht vertreten, dass Willenserklärung nur eine Handlung ist,[2]) „eine species des All-

[1]) So Staub zu § 346 Anm. 15.
[2]) Schlossmann, „Der Vertrag", Leipzig 1876 S. 129; Ehrlich a. a. O. S. 27.

gemeinbegriffs der Handlung", während Schweigen eine Nichthandlung darstellt. So fragt Zitelmann: „Gibt es wirklich Handlungen durch Unterlassungen oder ist dieser Begriff eine Fiktion?"[1]) Ehrlich[2]) und Schlossmann[3]) verneinen die Existenz solcher in einem passiven Verhalten bestehender Willenserklärungen und kommen zu dem Ergebnis, dass der Begriff „Willenserklärung durch Schweigen" eine Fiktion ist.

Gegen diese Zweifel ist mit Recht geltend gemacht worden, dass es nicht eine „völlig unfruchtbare reine Negation ist",[4]) die in den zur Betrachtung stehenden Fällen die Grundlage der Willenserklärung bildet, sondern eine ganz bestimmte Art des passiven Verhaltens: Ein Unterlassen. „Unterlassen" in diesem Sinn heisst nicht „nichts tun", sondern „etwas nicht tun", ist also keine Passivität schlechthin, sondern ein passives Verhalten auf etwas hin. Im Sinne dieser Theorie liegt demnach ein Unterlassen, das dem aktiven Handeln gleichzustellen ist, dann vor, wenn jemand etwas nicht tut, von dem ein anderer erwartet, oder sich doch vorgestellt hat, dass es geschehen wird. Darnach ist also z. B. das Schweigen auf ein Vertragsangebot ein Unterlassen, das dem aktiven Handeln gleichzustellen ist. Es kann also auch nach dieser Lehre das Schweigen gleich einer Handlung eine Willenserklärung sein.

Was nun die Auslegung dieses Verhaltens betrifft, so kann es sich nur darum handeln, den wirklich erklärten Willen, also den wahren Erklärungsinhalt zu ermitteln. Weder das, was der Erklärende durch die Erklärung mitteilen wollte, noch das, was der Gegner im einzelnen Fall als erklärt ansah, ist der wahre Erklärungsinhalt, sondern das, was ein kritischer Beobachter rückschliessend als geäusserten Willen ansehen muss. Ob dem Schweigen Rechtswirkungen zukommen, bestimmt sich weder darnach, ob sich der Schweigende vorgestellt hat, dass sein Schweigen irgendwie von Bedeutung sein könnte, noch darnach, welche Auslegung ihm der Gegner des Schweigenden gegeben hat. Massgebend ist vielmehr, ob ein objektiv Denkender unter Berücksichtigung aller Umstände, an die Stelle des Schweigenden

[1]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879 S. 259 ff.
[2]) S. 287—291.
[3]) S. 48 ff., 60 ff.
[4]) Hartmann a. a. O. S. 221.

gesetzt, eine ausdrückliche Erklärung gegeben, an die Stelle des Gegners gesetzt, in dem Schweigen die Kundgabe eines bestimmten Willens gesehen hätte. Als anzuwendender objektiver Masstab, der auf alles Wesentliche Rücksicht nimmt, kann es nun gar keinen besseren geben, als die Verkehrs- bzw. Handelssitte, die nach § 346 HGB. massgebend ist.[1]) § 346 HGB. dient also, auch wenn man dieser Theorie folgt, dazu und ist dazu angetan, die Feststellung des Erklärungswertes — „Bedeutung und Wirkung" eines Verhaltens — Handeln oder Unterlassen — zu treffen.

Rechtspolitisch gesehen stehen wir vor einer hochbedeutsamen Erscheinung: Was dem Zivilrichter die Aufgabe dauernd erschwert, ist die häufige Unvollkommenheit und Magerkeit des ihm erreichbaren Sachverhalts, er weiss nicht und kann nicht in jedem Falle wissen, ob dem Stillschweigen nach dem Willen der Parteien rechtserhebliche Bedeutung zukommen solle. Zu dieser Tatsache nicht restloser Aufklärbarkeit von Sachlagen nimmt das Recht normativ in § 346 HGB. Stellung. Es tut dies, indem es das Stillschweigen seines individuellen Charakters entkleidet und es typisiert. Es wird, um in solchen zu allerletzt individuell nicht restlos aufklärbaren Sachverhalten zu einem wenigstens durchschnittlich richtigen Ergebnis zu kommen, in solchen Geschäftslagen, die sozusagen 90% des vollen Willensmoments nachweisbar enthalten, als eine Willenserklärung behandelt. Dem Juristen ist dieser Vorgang nichts Ungewöhnliches. Es wiederholt sich hier nur in einem Einzelfall, was in der Lehre vom Rechtsgeschäft seit langem anerkannt ist: Es wird eine in der Hauptsache und in allen ihren typischen Zügen durchaus geklärte, bezüglich gewisser letzter individueller Elemente der Innenseite des psychologischen Tatbestandes aber schwer oder gar nicht weiter aufklärbare Lage endgültig nach ihrem ermittelten typischen Charakter behandelt.

Wenn die Rechtspflege — wie wir im einzelnen sehen werden — in der Behandlung des Stillschweigens die, um beim Beispiel zu bleiben, letzten zweifelhaften 10% entschlossen beiseite lässt, so tut sie dies, weil sie einerseits die Begrenztheit ihrer Fähigkeit zu restloser Wahrheitserforschung erkannt hat, anderer-

[1]) Vgl. dazu Rechtsordnung und Verkehrssitte, Oertmann S. 75 ff.

seits aber auch im Bewusstsein, dass sie dem Leben dienen und daher einmal die ewigen rationes dubitandi hinter sich lassen und zu einem brauchbaren Ergebnis kommen muss.

Wir werden uns nun im einzelnen mit den Grundsätzen kritisch zu befassen haben, die die Wissenschaft, insbesondere aber die Judikatur auf den einzelnen Gebieten des Handelsrechts für die rechtliche Wertung des Stillschweigens entwickelt hat. Der Verfasser wird dabei bemüht bleiben, angesichts der Fülle des Materials die wesentlichen, insbesondere von der neuen Rechtssprechung entwickelten Grundsätze zu entwickeln und kritisch zu beleuchten.

Das RG. hat unter Zugrundelegung des § 346 HGB. in einer Reihe von Entscheidungen ganz allgemein den Grundsatz ausgesprochen, es bestehe ein Handelsbrauch in dem Sinne, dass beim Bestehen einer entsprechenden Handelssitte ein Kaufmann auf die Vertragsanträge eines anderen zu antworten hat und zwar innerhalb angemessener Frist, wenn anders sein Schweigen als Annahme gilt.[1]) Man hat sich im kaufmännischen Verkehr daran gewöhnt, Anträge und Vereinbarungen schriftlich festzulegen, sei es in Form von Schlussnoten, Bestätigungsschreiben, Kommissionskopien und dergl. Allen diesen ist gemeinsam, dass es sich um Beweismittel nach § 416 ZPO. handelt. Sie begründen allgemein die Vermutung, dass der Vertrag ihrem Inhalt gemäss zustande gekommen ist. Darüber hinaus haben einzelne von ihnen die Wirkung, dass die Partei, die sie entgegennimmt, den ganzen Inhalt billigt. Von diesen Schreiben mit „konstitutiver" Wirkung soll später die Rede sein.

b) Im Besonderen:

1. Stillschweigen auf Vertragsanträge und Vertragsabänderungsanträge:

§ 13.

Die stillschweigende Annahme von Schlussnoten.

Die Bedeutung der Schlussnote besteht für die Parteien darin, dass diese ein Beweismittel für den Abschluss des Geschäftes bildet. Der Zweck der Erteilung ist also Sicherung des

[1]) RG. Bd. 54 S. 156, Bd. 77 S. 314, Bd. 79 S. 439, RG. JW. 15 S. 1258, RG. LZ. 1917 S. 794.

Beweises. Die Gültigkeit oder das Zustandekommen des Geschäfts hängt aber von der Aushändigung, Annahme oder Unterschrift der Schlussnote nicht ab.[1]) Auch begründet die Annahme der Schlussnote keine gesetzliche Vermutung für die Genehmigung des Geschäftsabschlusses, formelle Beweiskraft besitzt sie nicht.

Wie ist es, wenn die Parteien eine ihnen vom Handelsmäkler zugestellte Schlussnote stillschweigend oder widerspruchslos annehmen? Ist hier in dem stillschweigenden Verhalten eine Annahme der Schlussnote zu erblicken? Schon seit langem ist von der Rechtsprechung anerkannt worden, dass für die vorbehaltslose Annahme der Schlussnote eine Usance in diesem Sinn besteht. Schon bei Laband[2]) findet sich eine Entscheidung des Stadtgerichts zu Berlin vom 7. Februar 1868, die „ganz richtig ausführt, dass die stillschweigende Unterwerfung der Kontrahenten in Börsengeschäften unter die in Schlusszetteln der vereideten Wechsel-, Geld- und Handelsmäkler festgesetzten Bedingungen nicht auf Handelsgewohnheitsrecht beruht, sondern dass es sich um eine Willensinterpretation gemäss Art. 279 (§ 346) handelt". Laband fährt an dieser Stelle fort: „Wenn man bedenkt, dass die Schlusszettel der vereideten Mäkler ihren Inhalt erhalten haben aus einer Ansammlung vieljähriger Erfahrung, so kann es nicht überraschen, dass die an der Börse handelnden Kaufleute diesen Inhalt für ihre Geschäfte als massgebend anerkennen, wenn man weiter erwägt, dass den Parteien während der Börsenzeit nicht die Aufzählung der näheren Bestimmungen, unter welchen das Geschäft geschlossen sein soll, gestattet und deshalb eine kurze Bezugnahme auf die Mäklerschlusszettel üblich wurde, so folgt als nächster begreiflicher Schritt, dass auch diese Bezugnahme als eine selbstverständliche fortblieb". Besser als hier kann die Usance und ihre Bedeutung nicht dargelegt werden. Wie lange dies schon besteht, geht auch aus dem hervor, was Laband in seiner „Lehre von den Mäklern" sagt: „Die wahre Bedeutung der Schlussnote ist die, dass die Annahme derselben den Abschluss des Geschäfts dokumentiert,[3])

[1]) RG. Recht 1910 Nr. 2714.
[2]) Laband, Die Handelsusancen, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 17 S. 485.
[3]) Ferner schreibt Mittermeier (Grundsätze des gemeinen deutschen

Dass die Usance sich bis auf den heutigen Tag erhalten hat, beweist die Entscheidung des RG. vom 10. Januar 1905: „Das RG. hat tatsächlich festgestellt, dass B., der für die Beklagte das fragliche Geschäft in Hamburg abgeschlossen habe, von dem Handelsmäkler Bj. die Schlussnote erhalten und gegen deren Inhalt Widerspruch nicht erhoben hat. Aus dem Umstand, dass B. die Schlussnote ohne Widerrede empfangen hat, hat das BG. nach Lage des Falles gefolgert, dass er mit dem gesamten Inhalt der Schlussnote sich einverstanden erklärt habe. . . . Verfehlt ist die Rüge, die bloss von dem Handelsmäkler unterschriebene Schlussnote könne in dem vorliegenden Fall, in dem das Geschäft nicht sofort habe erfüllt werden sollen und von der Beklagten auch nicht erfüllt worden sei, um deswillen keine Bedeutung beanspruchen, weil sie der Vorschrift des § 94 HGB. zuwider von den Parteien nicht unterschrieben worden sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Schlussnote der Mitunterschrift seitens der Parteien bedurft hätte. Denn wenn auch dies der Fall gewesen wäre, so könnte das BG. gleichwohl aus der Tatsache, dass B. gegen den Inhalt der Schlussnote Widerspruch nicht erhob, ein stillschweigendes Einverständnis mit deren Inhalt folgern (§ 346 HGB.). Nach § 94 HGB. soll die Schlussnote die Bedingungen des Geschäfts enthalten und den Parteien zugestellt werden, offenbar zu dem Zweck, um Klarheit über die Vertragsbedingungen zu schaffen und den Parteien den Beweis zu erleichtern. Zufolge dieser Zweckbestimmung dürfen die Parteien ihren Inhalt nicht ohne jedweden Nachteil unbeachtet lassen".

Die obersten Gerichte stehen heute aus diesem Grunde allgemein auf diesem Standpunkt der erwähnten Entscheidung, ferner hat das RG. wiederholt ausgesprochen, dass in der vorbehaltslosen Annahme der Schlussnote eine Anerkennung ihres Inhalts zu erblicken ist.[1]) Die stillschweigende Annahme einer Schlussnote begründet darnach die tatsächliche Vermutung, dass die Geschäftsbedingungen erschöpfend darin aufgeführt sind.

Privatrechts 1847 S. 750): Nach der Handelsgewohnheit wird dadurch, dass die Parteien, deren Geschäft zuvor durch einen Mäkler vermittelt wurde, die Schlusszettel ohne Widerspruch annehmen, der Abschluss des Vertrages, worauf der Zettel sich bezieht, als geschehen angenommen.

[1]) RG. Bd. 59 S. 350, Bd. 90 S. 168, Bd. 105 S. 205.

Das RG. geht hier m. E. ganz richtig aus von dem Zweck der Schlussnote. Die Ratio des § 94 HGB. ist m. E. die, den Parteien nochmals alle Details des in Kürze und mit der bei Börsengeschäften üblichen Eile festgelegten Geschäfts vor Augen zu führen und den Beweis darüber zu sichern und zu erleichtern.[1]) Wenn die Parteien daher die Schlussnote unbeachtet lassen, so tun sie dies auf ihr Risiko.

Der Abs. 3 des § 94 bestimmt, dass der Handelsmäkler bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen hat, wenn eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlussnote verweigert. Es soll also die Gegenpartei bei Beanstandung der Schlussnote auf alle Fälle wissen, woran sie ist. Was aber dem Mäkler recht ist, ist auch der Partei billig für den ganz analogen Fall der Nichtannahme bei Geschäften, die sofort erfüllt werden sollen. Zwischen den nicht annehmenden Parteien des 1. und 3. Absatzes des § 94 besteht in Bezug auf die Natur des Verhältnisses zum Mäkler kein Unterschied. Im Abs. 3 ist aber als selbstverständlich vorausgesetzt, dass der Mäkler von der Weigerung der Partei, die Schlussnote anzunehmen, erfährt, denn sonst könnte er seine dort hervorgehobene Pflicht, die andere Partei von der Weigerung in Kenntnis zu setzen, nicht erfüllen. Ausserdem haftet der Mäkler nach § 98 beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden. Aus dieser besonderen Stellung des Mäklers als Vermittler, der zwischen den Parteien steht, muss notwendig folgen die Pflicht der Achtsamkeit und Vorsicht auch auf Seiten der Parteien. Auch unter diesem Gesichtspunkt lässt sich der Standpunkt der Rechtsprechung rechtfertigen.

§ 14.

Die stillschweigende Annahme der Faktura.

Anders liegt die Sache bei den Fakturen: Ihr nächster Zweck geht nur dahin, den Empfänger von der Ausführung des mit dem Absender geschlossenen Geschäfts, sowie von der Art dieser

[1]) RG. Bd. 59 S. 350: „Da der Zweck der Schlussnote der ist, beiden Parteien Klarheit über die Geschäftsbedingungen zu schaffen, so ist es wegen der damit verbundenen Bedeutung der Schlussnote selbstverständlich, dass das Nichtdurchlesen der Bedingungen nicht ohne Nachteile für die nachlässige Partei sein kann."

Ausführung zu unterrichten und ihn dadurch zur Wahrung seiner Interessen instand zu setzen. Die Faktura wird in aller Regel nach Abschluss des Geschäfts übersandt und setzt einen vollkommen abgeschlossenen Vertrag voraus. Die Faktura enthält nur das vom Käufer ausdrücklich Bestellte in Form einer Rechnung mit Angabe der Warenmenge und des Preises.[1])

Es ist nun im Handelsverkehr sehr häufig, dass der Verkäufer die Faktura mit einseitigen Vermerken versieht, hauptsächlich über den Erfüllungsort und über Reklamationsfristen.[2]) Das RG. hat hier ganz richtig dem Zweck der Faktura entsprechend erkannt, dass durch derartige einseitige Vermerke des Käufers dessen Rechtslage nachträglich nicht verschlechtert werden kann. Eine nachträgliche Aenderung des Gerichtsstandes durch den Verkäufer nach Abschluss des Vertrages ist unstatthaft und der Käufer ist nicht gehalten, sich dagegen ausdrücklich zu verwahren. Wie im vorigen die einseitige Vorstellung und innere Absicht der Parteien dem Mäkler gegenüber gleichgültig war, so ist es diesmal die des Verkäufers. Das Stillschweigen des Käufers auf solche einseitige Vermerke lässt hier keinen Schluss auf seine Genehmigung zu.[3])

Voraussetzung ist aber in all diesen Fällen, dass die Faktura Vermerke enthält, die den vereinbarten oder den als vereinbart zu geltenden Vertragsbedingungen widersprechen. Fehlt es bisher an solchen gesetzmässigen oder vereinbarten Bedingungen, so kann sich die Sachlage ändern. In diesen Fällen (wenn z. B. ein Preis bisher nicht festgesetzt war) kann der Faktura ein erweiterter Wirkungsbereich zukommen. Ebenso liegt es innerhalb des Wirkungsbereichs der Faktura, wenn der Verkäufer darin dem Käufer Preissätze für die Verpackung aufgibt oder wenn sich der Verkäufer darin eine den Verhältnissen an-

[1]) Raabe, Herm., Ueber die Bedeutung der Fakturen, Diss. Erlangen 1898 S. 34 ff.

[2]) RG. Busch-Archiv Bd. 9 S. 365; Bolze Bd. 12 S. 242 zur Reklamationsklausel: „In der stillschweigenden Annahme einer eine Warensendung begleitenden Faktura liegt keine Unterwerfung unter die in ihr enthaltene Reklamationsklausel, weil kraft des bereits perfekt gewordenen Kaufvertrags der Käufer auch ohne Eingehen auf das ihm nachträglich gemachte Anerbieten zur Empfangnahme der Ware berechtigt ist und nur jene Verpflichtungen dem Verkäufer gegenüber zu erfüllen hat, die ihm das Gesetz selbst auferlegt“

[3]) RG. Bd. 52 S. 135.

gemessene Preisnachberechnung vorbehält. Hier muss der Käufer erkennen, dass ihm ein Vertragsantrag gestellt wird, den er nach §§ 157, BGB., 346 HGB. ablehnen muss, wenn er nicht stillschweigend zustimmen will.

Man kann den Standpunkt der Rechtsprechung etwa auf folgende Formel bringen: Das Schweigen auf solche Vermerke in Fakturen ist ungefährlich, die man darin regelmässig nicht zu suchen hat.[1]) Dabei ist davon auszugehen, dass im geschäftlichen Verkehr Rechnungen regelmässig nur zur Angabe der zum Versand gebrachten Warenmengen und der von den Empfängern dafür geschuldeten Beträge, nicht aber zur Aufnahme anderer, rechtserheblicher Mitteilungen bestimmt sind.[2])

Dabei muss es ganz gleichgültig sein, wie lange die Geschäftsverbindung dauert. Das Moment der Dauer hat m. E. vollkommen auszuscheiden; denn gerade bei lang andauerndem Geschäftsverkehr wird man dem Kaufmann noch weniger zumuten können, die ihm vom Geschäftsgegner übersandten Fakturen auf solche Vermerke zu prüfen, die man darin gewöhnlich nicht zu suchen hat. Die vereinzelt ausgesprochene Ansicht, dass bei jahrelangem Geschäftsverkehr das Stillschweigen auf derartige Fakturavermerke Einverständnis bedeutet, lässt sich daher bei logischer Fortentwicklung der von der Rechtsprechung entwickelten und als richtig erkannten Grundsätze nicht aufrecht erhalten. Es ist daher der Standpunkt des RG. in seiner Entscheidung vom 28. November 1902[3]) als zutreffend zu erachten, demzufolge die entwickelten Grundsätze auch bei fortgesetzter Geschäftsverbindung gelten. Der Vermerk, der für die früheren Geschäfte bedeutungslos war, kann nicht für eine neue Bestellung Bedeutung gewinnen und der Empfänger der Rechnung, welcher bei den früheren Geschäften den Vermerk nicht beachten brauchte, braucht ihn auch nicht bei der Eingehung des neuen Geschäfts zu beachten. Es ist auch gar nicht einzusehen, warum bei „jahre-

[1]) Dies entspricht dem neuerdings im RG. JW. 1922, 1717 ausgesprochenen Grundsatz, dass ein Kaufmann nur dann die Pflicht hat, „sich von den für das Geschäft wichtigen Mitteilungen Kenntnis zu verschaffen, wenn die geschäftserheblichen Erklärungen ihm auch in geschäftsüblicher Form und auf geschäftsüblichem Wege übermittelt werden".

[2]) So ist die Faktura regelmässig nicht dazu bestimmt, an die Gegenpartei das Verlangen zu stellen, vom Vertrag zurückzutreten.

[3]) JW. 1903 Beil. S. 15.

langem“[1]) Geschäftsverkehr andere Grundsätze gelten sollen, als bei „fortgesetztem“ Geschäftsverkehr (ganz abgesehen davon, dass eine Grenzziehung kaum möglich sein wird).

Mit den erwähnten Grundsätzen hat sich das KG. in einer neuen Entscheidung vom 9. April 1929[2]) in Widerspruch gesetzt. Das KG. hat sich hier auf den Standpunkt gestellt, dass die stillschweigende Annahme einer den Eigentumsvorbehalt enthaltenden Faktura ausreichend sei, um den Eigentumsvorbehalt zum Vertragsbestandteil zu machen. Dies widerspricht aber dem Grundsatz, wonach der Empfänger einen Vorbehalt in der Faktura unbeachtet lassen darf, den er darin regelmässig nicht zu suchen hat, was auch für die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts zutrifft. Die Entscheidung ist daher aus diesem Grunde nicht aufrecht zu erhalten.

§ 15.

Die stillschweigende Annahme der Kommissionskopie.

Die Kommissionskopie wird gewöhnlich von dem Reisenden oder einem andern Geschäftsvertreter dem Kunden, mit dem verhandelt worden ist, unmittelbar nach Abschluss des Geschäfts erteilt.[3]) Der Zweck der Kommissionskopie ist demgemäss darin zu erblicken, dass sie nur zum Beweise des bereits mündlich Vereinbarten dienen soll. Dies mag auch der Grund sein, warum der die Kommissionskopie ausstellende Verkäufer regelmässig ein Exemplar (Urschrift oder Abschrift) für sich behält. Sie ist daher nur Beweismittel im Sinne des § 416 ZPO. Die besprochenen Punkte gelten als durch die Kommissionskopie bewiesen, für die Gegenpartei steht aber der Beweis offen, dass über einzelne in der Kommissionskopie enthaltene Punkte keine Vereinbarungen gepflogen worden sind oder nichts vereinbart worden ist.

Die Rechtsprechung geht auch hier folgerichtig davon aus, dass die Kommissionskopie nach dem Willen der Partei regelmässig dazu dient, den unmittelbar vorher vorgenommenen Abschluss inhaltlich wiederzugeben, wobei mündlich besprochene

[1]) A. A. Dernburg a. a. O. II, 1, § 52 Fussnote 1.
[2]) JW. 1929 S. 2164.
[3]) Vgl. Staub Anh. zu § 372 Anm. 55.

Zusätze nicht üblich sind. „Solche Zusätze in Auftragskopien, wie z. B. über den Erfüllungsort, sind daher, wenn sie nicht mündlich vereinbart waren, als einseitige Mitteilungen des einen Kontrahenten dem anderen Kontrahenten gegenüber rechtlich wirkungslos; ihre Nichtbeantwortung gilt nicht als Zustimmung."[1])

Die Situation ist hier also die gleiche wie bei den Fakturen. Die vorbehaltlose Entgegennahme ist unverbindlich, Schweigen gilt nicht als Einverständnis, auch wenn lange Zeit hindurch Kommissionskopien des gleichen Inhalts gegeben worden sind. Doch können auch hier besondere Umstände dem Schweigen verbindliche Wirkung verschaffen. Wenn z. B. der Käufer die Kommissionskopie noch in Anwesenheit des Reisenden geprüft und von der Abänderung Kenntnis genommen hat und die Kommissionskopie alsdann, ohne etwas zu beanstanden, dem Reisenden zurückgibt.[2])

Eine Annahme mit Vorbehalt enthält die unter die Kommissionsnote gestellte Klausel „limit", die sich häufig in Kommissionsnoten findet. Sie pflegt vom Geschäftsreisenden dann vereinbart zu werden, wenn der Käufer entweder im Preise oder in der Qualität besondere Bedingungen stellt, die der Reisende aus eigener Machtvollkommenheit zu bewilligen nicht befugt ist. Er macht durch diese Klausel die Gültigkeit des Vertragsschlusses von der Genehmigung seines Chefs abhängig[3])

Die rechtliche Situation ist eine durchaus andere, wenn eine „Kommissionsnote" bei der Bestellung vom Kunden unterschrieben und vom Gegner angenommen wird; in diesem Falle hat die Kommissionsnote die Rechtsnatur eines Bestellscheines. Uebergibt der Verkäufer dem Käufer nach Abschluss des Geschäfts die Abschrift einer „Auftragsbestätigung", so handelt es sich nicht um eine Kommissionsnote, sondern um einen Schlusschein.

---

[1]) OLG. Hamburg vom 12. Mai 1914, Recht 1914 Nr. 2006.
[2]) OLG. München 1. ZS. vom 30. 12. 1920, OLGE. Bd. 41 S. 244.
[3]) Gutachten der Handelskammer Oppeln vom 20. 11. 1902, in deren Mitteilungen Nr. 91; Gruchot, Beiträge Bd. 49 S. 577. Vgl. dazu unten § 25 der Arbeit.

§ 16.

Die stillschweigende Annahme von Bestellscheinen.

Der Bestellschein hat eine andere rechtliche Bedeutung als die Kommissionskopie. Hier bestellt der Abnehmer in der Weise, dass er eine ihm zugesandte oder vom Verkäufer bezw. dessen Reisenden ihm vorgelegte, die Bestellung enthaltende Urkunde unterschreibt und zurückgibt. Der Bestellschein wird also nicht erst nach Vertragsschluss ausgestellt, sondern er enthält die Willenserklärung des einen Kontrahenten, nämlich des Bestellers an den Lieferanten, durch deren Annahme der Vertrag zustande kommt. Ist die Kommissionsnote eine einseitige Notiz des Reisenden über den bereits erhaltenen Auftrag, so ist der Bestellschein im Gegensatz dazu die schriftliche Abgabe der zum Zustandekommen des Vertrags erforderlichen Willenserklärung des Bestellers. Daraus ergibt sich, dass der Inhalt des Bestellscheins zum Bestandteil des auf Grund desselben abgeschlossenen Vertrags wird. Meist verfährt der Verkäufer in der Weise, dass er das von ihm ausgefüllte Bestellscheinformular dem von ihm besuchten Kunden aushändigt, damit dieser den Schein unterzeichnet und nun als seinen Vertragsantrag an den Verkäufer zurückgehen lässt. Die Annahme eines solchen Bestellscheins hat noch keinerlei Bedeutung; auch der Vollziehung kommt eine rechtliche Bedeutung nicht zu, solange diese nur dem Verkäufer gegenüber nicht geschieht; erst mit der Rückgabe gibt der Käufer eine Vertragsofferte ab. Schweigt der Verkäufer auf die Uebersendung des vom Käufer unterzeichneten Bestellscheins hin, so erkennt er damit seinen Inhalt als grundlegend an. Der Verkäufer hat Zeit genug, sich die einzelnen Bestimmungen und Vordrucke des Bestellscheins anzusehen.[1]) Ist er damit nicht einverstanden, so muss er sich äussern, insbesondere kann er alsdann mit der Behauptung nicht gehört werden, dass nachher oder zur gleichen Zeit etwas anderes vereinbart worden sei. Tut der Verkäufer dies

[1]) „Niemand, insbesondere kein Kaufmann, kann sich darauf berufen, dass er den Bestellschein nicht gelesen habe. Denn ein Kaufmann ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verpflichtet, vor Erteilung seiner Unterschrift sich über den Inhalt des Bestellscheins zu vergewissern und dem Nicht-Genehmigten ausdrücklich Widerspruch entgegenzusetzen.“ So RG. Bd. 58 S. 69, Bd. 57 S. 408.

aber nicht, so hat der Bestellschein konstitutive Wirkung. Dem Schweigen kommt hier also rechtliche Bedeutung zu.

§ 17.

Stillschweigen bei Uebersendung von Katalogen und Preislisten.

Bei der Uebersendung von Katologen und Preislisten kann es sich zunächst nur um Anerbieten handeln, die dem Publikum gemacht werden, so bei Veröffentlichung von Prospekten, Anschlägen, von Kaufs- und Verkaufs- oder Dienstleistungsanerbieten, Zeitungsankündigungen und dergl.[1]) Sie sind bekanntlich nicht dazu bestimmt, unmittelbar angenommen zu werden und zum Vertragsschluss zu führen, sind vielmehr regelmässig als Aufforderungen zur Stellung von Anträgen zu betrachten. Es bedarf keiner Erörterung, dass in einem solchen Falle dem Stillschweigen des Empfängers rechtserhebliche Bedeutung nicht zukommen kann.

Kommt nun aber auf Grund der Offerte des Empfängers mit dem Absender späterhin dennoch ein Vertrag zustande, so können die in den Katologen, Preislisten etc. stehenden Vertragsbedingungen immer dann Bedeutung für den Vertrag erlangen, wenn der Verkäufer oder Käufer im Laufe der späteren Verhandlungen dem anderen Teil zu erkennen gegeben hat, dass er auf Grund der Katologe etc. abschliessen wolle.[2]) Ist dies aber nicht geschehen, so wird man in logischer Verfolgung der bisher gewonnenen Erkenntnisse unterscheiden müssen zwischen solchen Vertragsbedingungen, die üblicherweise Gegenstand solcher Kataloge etc. sind (z. B. Vermerke über die Höhe des Preises, Zahlungsbedingungen) und solchen Bedingungen, die sich darin regelmässig nicht finden (z. B. die Vereinbarung eines vom gesetzlichen abweichenden Erfüllungsorts). Die letzteren Vermerke darf der Käufer unbeachtet lassen, selbst dann, wenn sie durch starken Druck hervorgehoben worden sind.[3]) In den ersteren Fällen kann dem Schweigen rechtserhebliche Bedeutung zukommen, in den letzteren nicht.

---

[1]) Vergl. KG. JW. 1919 S. 325.
[2]) RG. Bd. 52 S. 133, RG. Recht 1904 S. 223.
[3]) Hamburg, Hans. GZ. 1910 Hauptblatt 192; Rostock Seuff. Arch. Bd. 64 S. 390, KG. in OLGE. Bd. 9 S. 131, LZ. 1919 S. 368.

§ 18.

Die stillschweigende Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen.

Die grossen Unternehmungen, die dem Handel dienen, insbesondere die Banken, Versicherungs-und Transportgesellschaften, haben die Gepflogenheit, der Kundschaft im voraus die Bedingungen bekanntzugeben, unter denen sie zum Geschäftsabschluss geneigt sind. Diese „allgemeinen Geschäftsbedingungen" stellen zur Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in einer für alle Einzelfälle gültigen Weise die Bedingungen fest, unter denen der Bankier oder der sonstige Kaufmann zum Abschluss gewisser Geschäfte bereit ist. Sie werden gedruckt, an den Kunden gegeben und bilden, wenn demnächst ein Geschäftsabschluss erfolgt, die sog. lex contractus, d. h. sie stellen neben etwaigen besonderen Vereinbarungen die Gesamtheit der Vertragsabreden dar. Dies ist die regelmässige Bedeutung der allgemeinen Bedingungen, wie sie in der Entscheidung des RG. Bd. 58 S. 155 umschrieben ist.

Hiervon gibt es nun eine Ausnahme, wenn nach dem übereinstimmenden Willen des Absenders und des Kunden gewisse Rechtsfolgen, die in den allgemeinen Bedingungen vorgesehen sind, sofort und ohne Hinzutreten einer neuen Willenseinigung Platz greifen sollen.[1]) Besonders häufig findet sich z. B. in den allgemeinen Bedingungen der Banken die Klausel, dass alle Werte des Kunden, die auf irgend eine Weise, also auch ohne vorherigen Abschluss des Geschäfts, in den Besitz der Bank kommen, diesen auch für alle künftigen Ansprüche gegen den Kunden haften. „Solche Ansprüche setzen nicht voraus, dass der Kunde mit der Bank bereits ein Geschäft abgeschlossen hat.[2])

Für uns ist die Frage von Bedeutung, inwieweit es überhaupt einer Anerkennung dieser Bedingungen bedarf, um ihnen Rechtsgültigkeit zu verleihen. Die obersten Gerichte haben hier wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, dass in aller Regel die Geschäftsbedingungen dann als genehmigt zu gelten haben, wenn ein Teil dem anderen seine Geschäftsbedingungen zur Anknüpfung einer Verbindung übersendet und daraufhin Geschäfte

[1]) Dieser Fall hat in RGE. Bd. 84 S. 4 grundlegende Behandlung erfahren.

[2]) Vergl. RG. v. 2. 10. 28, Bd. 112 S. 76.

abgeschlossen werden.[1]) Die Rechtssprechung ist hier ausserordentlich weit gegangen: So hat das Hans. OLG.[2]) ausgesprochen, dass die gelegentlich eines Angebots mitgeteilten allgemeinen Geschäftsverbindungen unter Kaufleuten auch dann für alle späteren Geschäfte massgebend sind, wenn auf das Angebot selbst kein Abschluss erfolgt ist.[3]) Sogar über den Kreis der Kaufleute hinaus wurde dieser Satz ausgedehnt. So sollen die Bedingungen auch dann gelten, wenn die Bank zur Einleitung einer Verbindung ihre Bedingungen einem Privatmann übermittelt und dann einige Zeit später Geschäfte gemacht werden.[4]) Der 7. ZS. des KG.[5]) hat in einem Falle, in dem die Beklagte in einem Bestätigungsschreiben der Klägerin ausdrücklich mitgeteilt hatte, „auf Grund beifolgender Verkaufsbedingungen verkauft zu haben," diese jedoch dem Schreiben nicht beilagen, entschieden: „Lagen diese nicht bei, so durfte der Kläger, der Wert auf ihre Kenntnis legte, nicht schweigen; er musste vielmehr widersprechen und die „Anlage" einfordern. Dies entspricht den im Handelsverkehr üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen. Tat er dies nicht, so war daraus zu schliessen, dass er sich den Bedingungen unterwerfen wollte, weil sie ihm bekannt waren, oder weil er, ohne Kenntnis von dem Inhalt zu nehmen, damit zufrieden war.[6])

Hat dagegen der Empfänger eines Uebersendungsbriefes,

---

[1]) RG. LZ. 1915 S. 705, Hamburg JW. 1918 S. 236, Kiel Recht 1921 Nr. 1442, Dresden Seuff Arch Bd. 75 S. 257.

[2]) Abgedr. Hans. GZ. 1917 Heft 252.

[3]) Liegen jedoch Jahre zurück, so soll nach RG. Warn. Rspr. 1915 Nr. 44 die veraltete Mitteilung keine Kraft mehr besitzen. Die Grenzziehung wird auch hier m. E. kaum möglich sein.

[4]) RG. Bankarchiv 1924 S. 456.

[5]) OLGE. Bd. 41 S. 216.

[6]) Noch weiter geht das RG. in LZ. 29 S. 189 ff.: „Den Ausführungen des OLG. ist auch hinsichtlich der Bedeutung zuzustimmen, welche für den vorliegenden Teil den Geschäftsbedingungen der Spediteure Gross-Berlins und den allgemeinen Beförderungsbedingungen des Vereins deutscher Spediteure beigelegt wird. Die Parteien standen nach Feststellung des OLG vor den Verhandlungen vom 25. 7. 24 schon seit längerer Zeit in Geschäftsverbindung. Ferner enthielt das Bestätigungsschreiben mit genügender Deutlichkeit die Bestimmung: „Für alle uns (der Bekl.) erteilten Aufträge gelten die Geschäftsbedingungen im Verkehr mit den Spediteuren Gross-Berlins und die allgem. Bef.Bed. d. Vereins deutscher Spediteure Ein Abdruck dieser Bed. steht auf Wunsch unentgeltlich zur Verfügung." Aus diesen Vorgängen konnte das OLG. entnehmen, dass jene Bed. zum Inhalte des streitigen Vertrages erhoben seien. . . . Ihre Aufnahme in den fraglichen Vertrag ist durch das Stillschweigen des B. auf das Bestätigungsschreiben vom 24. 6. 10 geschehen".

dem die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank beilagen, lediglich den Empfang der allgemeinen Bedingungen, sowie des Uebersendungsbriefs bestätigt, so „beurkundete dies Schreiben des Empfängers überhaupt keine Willenserklärung, sondern nur den äusseren Vorgang der Empfangnahme eines Briefs und der allgemeinen Geschäftsbedingungen." Zwar ist derjenige, der mit einer Bank ein Geschäft eingeht, an die „allgemeinen Bedingungen" gebunden, wenn ihm vorher Gelegenheit gegeben ist, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. In den Vermerken „Gesehen" und „Kenntnis genommen" würde auch die Erklärung zu finden sein, dass der Kunde die allgemeinen Bedingungen gelesen hat und keinen Widerspruch dagegen erheben will. Diese Erklärung kann aber in einem vom Empfänger auf Ersuchen der Bank abgegebenen blossen Empfangsbekenntnis unmöglich gefunden werden.[1])

Es wird also regelmässig eines besonderen Hinweises des Absenders gegenüber dem Empfänger bedürfen, um die Geschäftsbedingungen auch bei Stillschweigen zur Vertragsgrundlage zu machen. Die blosse Kenntnis, dass beim Gegner Geschäftsbedingungen bestehen, kann diese regelmässig noch nicht stillschweigend zum Bestandteil des Vertrages erheben.[2])

Nicht erforderlich ist es jedoch, dass die Geschäftsbedingungen gerade dem Gegner zur Kenntnis gebracht sind, wenn nach Art und Umfang des Geschäftsbetriebes der anderen Partei der Geschäftsgegner mit dem Bestehen von Geschäftsbedingungen ohne weiteres rechnen, sich folglich Kenntnis von ihnen verschaffen muss, wenn er diese nicht ohne weiteres gegen sich gelten lassen will.[3]) Dies wird der Fall sein bei den grossen Unternehmungen des Handels, die regelmässig ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Gegenstande des Abschlusses machen. So weiss heute jedermann, dass die Spediteure in Vereine zusammengeschlossen sind und Verträge regelmässig nur unter allgemein festgesetzten Bedingungen eingehen.[4]) Wer mit einem

[1]) RG. v. 2. 10. 1928, Bd. 122 S. 76.
[2]) OLG. Hamburg Hans. GZ. Bd. 20 S. 144, OLGE. Bd. 41 S. 216.
[3]) RG. v. 26. 10. 1921 Bd. 103 S. 86.
[4]) RG. v. 29. 4. 28, Recht 1928 Nr. 2487: „Soll mit besonderen Geschäftsbedingungen gerechnet werden, so müssen Art und Umfang des Betriebes ohne weiteres, so wie sie nach aussen hervortreten, das Publikum im allgemeinen darauf hinweisen. . . . . Dabei muss aber von

Unternehmen der letzteren Art abschliesst, unterwirft sich dessen Bedingungen dann stillschweigend, wenn er sie entweder aus früherer Geschäftsverbindung kennt oder kennen muss oder wenn die Bedingungen in geeigneter Weise — durch öffentlichen Anschlag, durch augenfällige Kundmachung in den Geschäftsräumen, durch Bekanntmachung in verbreiteten Zeitungen[1]) — zur Kenntnis der Allgemeinheit gebracht worden sind. Bei derartigen Unternehmungen genügt eben eine entsprechende öffentliche Bekanntmachung als Hinweis, man kann andererseits nach Treu und Glauben im Handelsverkehr verlangen, dass das Publikum sich vor Vertragsschluss mit solchen Unternehmungen über die Geschäftsbedingungen vergewissert. Eine öffentliche Bekanntmachung ist aber immer erforderlich,[2]) ferner dürfen die Bedingungen nicht derart sein, dass von vornherein anzunehmen ist, das Publikum werde sich nicht unterwerfen.

Sind jedoch dem Unternehmen, das die allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Gegenstande von Abschlüssen mit seinen Kunden macht, Rechte verliehen, die eine besondere Verantwortung des Unternehmens begründen, so wird man besonders verlangen müssen, dass das Unternehmen sich in jedem derartigen Falle bei Uebersendung der Geschäftsbedingungen vergewissert, ob der Kunde mit den darin enthaltenen, das Mass des Normalen überschreitenden Bedingungen einverstanden ist; wenn z. B. die Bankbedingungen dem Depotverwalter das weitgehende Recht einräumen, Bezugsrechte auszuüben und Konvertierungen nach eigenem Ermessen vorzunehmen, so muss die Bank dem Kunden vorher Gelegenheit zur Aeusserung geben.[3])

---

jedem Kaufmann, auch von einem Ausländer, der im Inlande Geschäfte tätigt, verlangt werden, dass er sich Kenntnis von den am Ort seiner Tätigkeit geltenden Geschäftsgebräuchen verschafft, insbesondere davon, ob im Verkehr mit gewissen Unternehmen mit dem Bestehen von ortsüblichen Geschäftsbedingungen zu rechnen ist "

[1]) So RG. v. 10. 12. 1924 Bd. 109 S. 299 ff. Ferner RG. v. 26. 10. 21, Bd. 103 S. 82.

[2]) RG. Bd. 103 S 83: „Die Allgemeinheit des Publikums oder der in Betracht kommenden Kreise muss in der Lage sein, von den Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Deshalb muss die Veröffentlichung je nach Lage des Falles wiederholt werden, so dass die Kenntnis der Bedingungen Allgemeingut werden kann."

[3]) RG. Bd. 112 S. 438, Breslau JW. 1925 S. 648, Staub zu § 424 Anh. Anm. 34.

§ 19.

Die stillschweigende Entgegennahme kaufmännischer Bestätigungsschreiben.

Unter „Bestätigungsschreiben" versteht man im Handelsverkehr häufig die schriftliche Annahme eines Antrags. Hiervon soll an dieser Stelle nicht die Rede sein. Es soll hier lediglich von dem Bestätigungsschreiben im Sinne eines annahmebedürftigen Vertragsantrags die Rede sein, das sich von dem gewöhnlichen Vertragsantrag dadurch unterscheidet, dass dem Bestätigungsschreiben Verhandlungen vorausgegangen sind, die der Schreiber zusammenfassend bestätigt, was beim gewöhnlichen Vertragsangebot nicht der Fall ist. Während letzteres daher in der Regel durch Schweigen abgelehnt wird, wird ersteres in der Regel durch Schweigen angenommen.

Es empfiehlt sich hier aber nicht, bei der Frage, wann dem Stillschweigen des Empfängers rechtserhebliche Bedeutung zukommt, lediglich darauf abzustellen, ob nach Ansicht des Bestätigenden der Vertrag abgeschlossen war oder nicht, wie dies Staub tut.[1]) Diese Fassung bei Staub kann zum mindesten Anlass zu Missverständnissen geben. Denn bei Beantwortung der Frage, ob dem Empfänger eine Erklärungspflicht im Falle der Ablehnung obliegt, wird vielmehr davon auszugehen sein, was für ein Wille und was für ein Glaube des Absenders für den Empfänger nach dem objektiven Erklärungsinhalt des Bestätigungsschreibens erkennbar in Erscheinung getreten ist.

1. Es soll hier zunächst der Fall Erörterung finden, in dem der Absender dem Empfänger ausdrücklich erklärt hat, er halte den Vertrag in der Form für abgeschlossen, in der er im Bestätigungsschreiben niedergelegt ist. Unter Kaufleuten besteht die Gepflogenheit, mündliche oder durch Fernsprecher abgeschlossene Verträge schriftlich zu bestätigen. Diese Gepflogenheit hat sich eingebürgert — wie der kaufmännische Ausdruck lautet — „der guten Ordnung halber". Eine Rechtspflicht besteht nicht. Eine solche Verpflichtung kann auch nicht auf dem Umweg über einen angeblich bestehenden Handelsbrauch konstruiert werden. Denn wenn auch in den meisten Betrieben und in den meisten

[1]) Staub Anh. zu § 372 Anm. 38a ff.

Branchen eine derartige Gewohnheit vorherrschend ist, so hat doch das RG. mit Recht in einer grundlegenden Entscheidung vom 5. Juni 1923[1]) im Gegensatz zur Ansicht des KG. ausgeführt, dass es zwar unter Kaufleuten üblich sei, telegraphische Abschlüsse schriftlich zu bestätigen, dass aber durch diese Gepflogenheit die rechtliche Wirksamkeit eines vorher erfolgten Vertragsabschlusses nicht geändert werde, dass überhaupt ein allgemeiner Handelsbrauch der schriftlichen Bestätigung nicht bestehe.[2])

Tatsächlich hat Staub in der vorletzten Auflage[3]) die Ansicht vertreten, dass bei drahtloser oder fernmündlicher Aufgabe von grösseren Bestellungen ein Handelsbrauch der Art bestehe, dass der Abschluss erst durch Austausch von Schlussscheinen oder gleichlautenden Bestätigungsschreiben erfolge. Auf die erwähnte Entscheidung hin hat Staub in der neuesten Auflage[4]) seine ursprüngliche Ansicht dahingehend eingeschränkt, es sei ein „nach der Verkehrssitte zu unterstellender Vertragswille", dass bei Aufgabe bedeutender Bestellungen durch den Draht oder Fernsprecher, durch die man nicht alle oft zahlreichen Einzelheiten übermitteln kann, der Vertrag erst durch Bestätigungsschreiben zustande kommt. Die vom RG. angefochtene Stelle

[1]) Abgedr. JW. 1924 S. 405; zit. bei Becker, Rundschau für GmbH. 1928 S. 235.

[2]) Das RG. führt hier aus: „Gewiss ist es unter Kaufleuten üblich, telegrafische und telefonische Abschlüsse alsbald zu bestätigen, um etwaige Unklarheiten und Missverständnisse zu beseitigen und auch um diese Abschlüsse zu ergänzen. Und es ist in der Rechtsprechung anerkannt (JW. 1919 S. 109), dass, wenn dies geschieht, dem Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Kraft innewohnt Die kaufm. Welt weiss eben, dass solche Bestätigungsschreiben den Zweck haben, alle Vertragsbedingungen erschöpfend festzulegen, und dass, falls kein Widerspruch erfolgt, der Vertrag als mit diesem Inhalt abgeschlossen zu gelten hat. Aber diese Gepflogenheit der schriftlichen Bestätigung telef. und telegr. Abschlüsse sowie die rechtliche Bedeutung derartiger Best.-Schreiben vermag an sich an dem mittels Fernsprecher oder Draht tatsächlich erfolgten Vertragsabschluss nichts zu ändern. Durch das blosse Bestehen dieser Gepflogenheit wird die rechtliche Wirksamkeit des tatsächlich erfolgten Vertragsabschlusses nicht beeinträchtigt, sofern nicht die Parteien den Vertragsschluss ersichtlich von schriftlichen gleichlautenden Bestätigungen abhängig gemacht haben (Urt. v. 22. 12. 21, VI 565/21 ; vgl. RG. 105 S. 8 u. 14). . . . . Durch die blosse Berufung auf die, telegr. Aufgabe von bedeutenden Bestellungen betreffende, nicht weiter belegte Bewertung bei Staub, Anh. zu § 361 kann eine allgemein gültige Handelssitte mit dieser rechtlichen Tragweite nicht als ausreichend festgestellt angesehen werden."

[3]) Staub Anh. zu § 361 Anm. 84.

[4]) 12. und 13. Aufl.

habe aber nicht den Sinn gehabt, dass ein mündlicher, telegrafischer oder telefonischer Abschluss nicht ohne nachfolgende schriftliche Bestätigung bestehen könnte (?) oder es sei ausgeschlossen, dass die Parteien einen Abschluss entgegen der Gepflogenheit ohne schriftliche Bestätigung gewollt haben könnten. Diese Ausführungen sind in ihrem ersten Teile recht widerspruchsvoll.

Die erwähnte Entscheidung des RG. ist durchaus zutreffend: Der Richter, der auf Grund freier richterlicher Ueberzeugung urteilt, ob eine Handelssitte besteht, hat eben festgestellt, dass eine solche des behaupteten Inhalts nicht besteht, sondern nur eine derartige Gepflogenheit.[1])

Die Wirkung eines solchen Bestätigungsschreibens ist nun keineswegs rechtserzeugend, sondern deklaratorisch. Denn der Absender will sich durch das Bestätigungsschreiben nur eine Beweisurkunde beschaffen und der Empfänger muss es als solche betrachten.[2]) Daraus folgt, dass auf Bestätigungsschreiben, die das Abgehen von einem geschlossenen Vertrag antragen, in aller Regel nicht geantwortet zu werden braucht.[3]) Es besteht für den Kaufmann grundsätzlich keinerlei Rechtspflicht, eine von dem mündlichen Vertrag abweichende Formulierung zu bemängeln. Die einzige Folge, die die stillschweigende Annahme eines solchen Bestätigungsschreibens mit sich bringt, ist die, dass sich die Prozesslage des Empfängers verschlechtert. Denn ihm wird hierdurch die Beweislast auferlegt, dass die schriftliche Form dem mündlich vereinbarten Vertragsinhalt widerspricht.[4])

Ganz anders gestaltet sich aber die Rechtslage, wenn der Empfänger erkennt oder doch erkennen muss, dass das Schrei-

[1]) Ueber den Unterschied s. oben § 11.

[2]) Ueber die Abgrenzung gegenüber Schuldanerkenntnis vgl. RG. v. 6. 3. 1926 JW. 26 S. 2532.

[3]) Warn. Rspr. 1921 Nr. 138.

[4]) Eine sehr bedeutsame Folgerung aus dem Charakter eines so gearteten Bestätigungsschreibens als Beweisurkunde ergibt sich bezüglich der mündlichen Nebenabreden. Fast in allen Prozessen, in denen eine Partei den Anspruch auf ein Bestätigungsschreiben stützt, kehrt die Behauptung der Gegenpartei wieder, dass neben dem Bestätigungsschreiben mündliche Nebenabreden getroffen seien (etwa Vereinbarung der ratenmässigen Abzahlung). Dazu ist zu sagen: Als Urkunde hat das Bestätigungsschreiben die Vermutung der Vollständigkeit für sich. Es hat also derjenige, der sich im Prozess auf mündliche Nebenabreden beruft, hierfür in vollem Umfang die Beweislast.

ben zwar von den ursprünglichen Vereinbarungen abweicht, der Absender aber der Ueberzeugung ist, der Vertrag sei in der Fotm geschlossen, in der er in dem Bestätigungsschreiben Ausdruck gefunden hat. An sich bestünde ja keine Pflicht für den Empfänger zu antworten. Muss dieser aber sehen, dass der Absender tatsächlich im guten Glauben ist und sich auf die Erfüllung des Vertrages als eines geschlossenen einrichtet, so würde es gegen Treu und Glauben verstossen, wenn der Empfänger den Absender noch in seinem irrigen Glauben bestärken würde, indem er schweigt. In diesen Fällen muss vielmehr der Empfänger widersprechen, wenn er nicht das Bestätigungsschreiben als einen neuen Vertragsantrag gelten lassen will, den er durch Stillschweigen annimmt und zwar in allen Teilen einschl. Abänderungen und Ergänzungen, nicht nur in Nebenpunkten.[1]) Der Empfänger muss sich immer dann erklären, wenn er aus dem Bestätigungsschreiben ersieht, dass der Absender ihn missverstanden haben könnte. Wer z. B. — wie es im Handelsleben häufig der Fall ist — auf telefonischen Abschluss hin einen mit dem Inhalt dieses Abschlusses in Widerspruch stehenden Bestätigungsbrief erhält, muss alsbald widersprechen, wenn er die Möglichkeit eines Missverständnisses seiner bestimmten Erklärung in Betracht ziehen muss, sonst gilt er als zustimmend.[2])

2. Der zweite Fall, der zur Erörterung steht, ist derjenige, in dem der Empfänger aus dem Bestätigungsschreiben ersehen muss, dass der Vertrag nach Ansicht des Bestätigenden noch nicht zustande gekommen ist, dass es vielmehr auf Seiten des Empfängers noch eines „Ja" bedürfen soll, um den Vertrag zu-

---

[1]) RG. Warn. Rspr. 1925 Nr. 57.

[2]) So hat das RG. in seiner E. v. 2. Juli 1918 JW. 1918 S. 770 ausgesprochen: „Aus dem Inhalt des Best.Schreibens musste die Beklagte entnehmen, dass der Kläger darin seine Auffassung von dem Inhalt des durch das Fernsgespräch abgeschlossenen Vertrages darlegen wollte. Irgend ein Anhalt dafür, dass er einen andern Vertragsinhalt unterschieben wollte, liegt nicht vor. Es war daher im Falle ihres Nichteinverständnisses die Beklagte nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu einer Antwort ohne Zögern auf das Best.Schreiben des Klägers verpflichtet." Dieser Standpunkt des RG. entspricht den Anforderungen von Treu und Glauben, denen zufolge jede Partei das ihr kundgewordene Falschverstehen des Gegners vom angebahnten Geschäftsinhalt alsbald aufklären muss, andernfalls sie den Inhalt des Geschäfts so gegen sich gelten lassen muss, wie sie ihn als vom Gegner aufgefasst erkennen musste. Ebenso RG. LZ. 29 S. 189 ff.

stande zu bringen. Dieser zweite Fall bildet die Regel beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Es haben mündliche Vereinbarungen stattgefunden, die aber noch nicht zu einem endgültigen Vertragsschluss geführt haben. Hierher gehören auch die Fälle, in denen die Vorverhandlungen nur in der Hauptsache zu einer Einigung geführt haben und das Bestätigungsschreiben die Einzelheiten des Abschlusses nunmehr verbindlich festlegen soll.[1]) Der Zweck dieser Bestätigungsschreiben ist, in deutlich zusammenfassender Weise der Gegenpartei die Bedingungen kundzugeben, unter denen im einzelnen abgeschlossen werden soll. Ein derartiges Bestätigungsschreiben stellt also einen Vertragsantrag dar. Die Rechtsprechung steht hier auf dem Standpunkt, dass der Empfänger eines solchen Bestätigungsschreibens nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen, sowie nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr verpflichtet ist. das ihm übersandte Bestätigungsschreiben daraufhin zu prüfen, ob er mit den darin aufgeführten Vertragsbestimmungen einverstanden ist, widrigenfalls aus seinem Stillschweigen ein Einverständnis mit diesen Vertragsbestimmungen zu folgern ist. „Dieses erscheint umsomehr als zutreffend, als es sich in diesen Fällen nicht um eine der ursprünglichen Vertragsabsicht der Parteien nicht entsprechende Ergänzung oder Abänderung eines in allen Punkten festgestellten Vertrags, sondern um die von den Parteien von Anfang an in Aussicht genommene (oder nach den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs zu erwartende) urkundliche Feststellung des vollständigen Inhalts eines vorher nur in seinen wesentlichen Bestimmungen mündlich beredeten Vertrags handelt."[2])

Aus dem Vorherstehenden ergibt sich, dass die rechtliche Bedeutung eines so gearteten Bestätigungsschreibens weit grösser ist, wie im Falle 1, in dem sich das Bestätigungsschreiben lediglich als Beweisurkunde charakterisiert. Dem hier behandelten Bestätigungsschreiben kommt nach dem Willen der Parteien nicht beurkundende, sondern rechtserzeugende Wirkung zu. Das Bestätigungsschreiben gibt beim Schweigen des Empfängers die

[1]) Eine Dreiteilung — wie bei Staub — erscheint daher nicht erforderlich.

[2]) Vgl. die für alle späteren Entsch. grundlegende E. des RG. vom 26. 4. 04 Bd. 58 S. 67.

endgültige und ansschliessliche Grundlage für die Rechtsbeziehungen der Parteien.[1]) Diese Wirkung geht so weit, dass sogar Punkte, die in vorausgegangenen Verhandlungen gar nicht berührt worden sind, wie insbesondere ein anderer Erfüllungsort, Lieferungsvorbehalte, jetzt zum vollgültigen Vertragsbestandteil werden, wenn der Gegner nicht antwortet. Der Gegner kann sich nicht damit entschuldigen, dass er die Bestimmungen übersehen oder nicht gelesen habe, denn — wie das RG. schon in der E. in Bd. 57 S. 410 ausgesprochen hat — es muss von einem Kaufmann verlangt werden, dass er seine Geschäftsbriefe liest und zwar sorgfältig. Der Kaufmann kann sich auch nicht darauf berufen, er sei verreist gewesen.[2]) Bei einer Gesellschaft muss das Schweigen auf ein derartiges Bestätigungsschreiben selbst dann als Zustimmung angesehen werden, „wenn keine der zu ihrer Vertretung berechtigten Personen von dem Eingang und dem Inhalt des Bestätigungsschreibens Kenntnis erlangt haben sollte, mochte die Nichterlangung der Kenntnis verschuldet oder unverschuldet sein".[3]) Auch eine Genossenschaft kann nicht einwenden, dass das Bestätigungsschreiben nur dem einen Vorstandsmitglied zu Gesicht gekommen sei. Denn: „Willenserklärungen, die gegenüber der Genossenschaft abzugeben sind, sind dieser gegenüber wirksam, auch wenn sie nur einem Vorstandsmitglied zugehen. Im übrigen kann ein Kaufmann sich nicht darauf berufen, dass er ein Bestätigungsschreiben nicht gelesen habe."[4])

Das Stillschweigen des Empfängers gilt aber grundsätzlich immer nur dann als Zustimmung, wenn folgende drei wesentliche Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Die einzelnen Bestimmungen des Schreibens dürfen nicht unklar und zweideutig sein, so dass eine falsche Auffassung des Empfängers möglich ist.[5]) Hierher gehört auch der Fall, dass

---

[1]) Hinsichtlich der Gültigkeit von mündlichen Nebenabreden ergibt sich aus diesem Grundsatz die bedeutsame Folgerung: Da das Best.-Schreiben den Vertrag schlechthin enthält, kann ein Gegenbeweis, dass nebenher noch mündliche Anreden getroffen sind, nicht zugelassen werden.

[2]) RG. Bd. 105 S. 389.

[3]) RG Bd. 103 S. 405.

[4]) Parisius-Crüger, Gen.-Ges. 10. Aufl., § 25 Anm. 6.

[5]) RG. Bd. 97 S. 191.

im Bestätigungsschreiben Bedingungen an einer so unscheinbaren Stelle und so klein gedruckt sind, dass auch bei sorgfältigem Lesen die Stelle übersehen werden kann. In einem derartigen Fall hat das RG. entschieden, dass die auf der Rückseite eines Bestätigungsschreibens aufgedruckten Geschäftsbedingungen nicht massgebend sind, wenn nicht in dem Text des Bestätigungsschreibens ausdrücklich darauf Bezug genommen ist.[1]) In besonderem Masse wird dies gelten, wenn auf eine nicht lautere Absicht des Absenders geschlossen werden muss. Hat der Absender schuldhaft den Dissens hervorgerufen, so kann er sich noch zudem schadensersatzpflichtig machen. So hat das RG. in der E. vom 3. April 1922[2]) ausgesprochen, es entspreche den Erfordernissen der Verkehrssicherheit und der Billigkeit, denjenigen, der sich fahrlässigerweise derartig ausdrückt, dass er bei der Gegenpartei ein Missverständnis hervorruft, mit der Haftung für die daraus entstehenden Schadensfolgen zu belasten.

Eines besonderen Hinweises bedarf noch das weitere Erfordernis, dass aus dem Bestätigungsschreiben der Wille des Absenders hervorgehen und dem Empfänger erkennbar sein muss, dass der Absender darin tatsächlich alles niederlegen will, was als vereinbart gelten soll.

b) Weiterhin kann Schweigen niemals Zustimmung bedeuten, wenn es kein schlüssiges ist, d. h. wenn zwischen den Parteien keine mündlichen Verhandlungen gepflogen worden sind, die als Grundlage für das Bestätigungsschreiben dienen könnten; wenn es sich z. B. um erdichtete Abschlüsse eines Vertreters handelt, die bestätigt werden, oder wenn sich die Vertragsverhandlungen bereits zerschlagen hatten und der eine Teil plötz-

[1]) Die Ausführungen des RG., die grundsätzliche Bedeutung besitzen, lauten: „Der schriftliche Geschäftsverkehr bewegt sich vielfach in Formen und Ausdrücken, die eine mehrfache Deutung zulassen und je nach der Entwicklung des Geschäfts von ihrem Urheber in verschiedenem Sinne verwertet werden können. Dem muss unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegengetreten werden. Der Handel erfordert klare und unzweideutige Verhältnisse. Wollte die Beklagte, dass ihre allgem. Bedingungen Anwendung finden sollten, obwohl sie bei den mündlichen Verhandlungen nicht erwähnt worden waren, so musste sie es in ihrem Bestätigungsschreiben ausdrücklich sagen. Dass die fraglichen Bedingungen auf der Rückseite des für das Bestätigungsschreiben verwandten Briefformulars gedruckt waren, konnte einen solchen Hinweis nicht ersetzen. Vgl. dazu die Ausführungen im vorhergehenden §.

[2]) RG. Bd. 104 S. 265 ff.

lich den Versuch macht. die Verhandlungen durch ein Bestätigungsschreiben wieder in Gang zu bringen.[1])

c) Endlich braucht der Empfänger eines Bestätigungsschreibens nicht zu antworten und dem Absender nicht zu widersprechen, wenn auf diesem — in der Regel schematisch vorgedruckt — Vermerke enthalten sind, die mit Rücksicht auf den Vertrag widersinnig erscheinen müssen.[2])

3. Bei allen Arten von Bestätigungsschreiben wird die Frage praktisch, innerhalb welcher Zeit der Kaufmann zu antworten oder zu widersprechen hat. Man wird im Regelfall dem Kaufmann eine Ueberlegungsfrist von einigen Tagen zubilligen können, wenn es sich um Geschäfte von grösserem Umfange handelt. Andererseits gibt es auch Fälle, in denen sofortige Antwort geboten ist, so bei Waren mit stark schwankenden Preisen und bei Börsenaufträgen.[3]) Von einem Grosskaufmann wird man verlangen können, dass er in der Regel innerhalb von 1—2 Tagen antwortet, wenn nicht sein Schweigen als Zustimmung angesehen werden soll.[4]) Auch hier wird wieder der Grundsatz zu beachten sein, dass das Schweigen niemals Spekulationsmittel werden darf. So erklärt denn auch das RG. in der erwähnten Entscheidung: „Wäre es anders, so wäre die Sicherheit des Geschäftsverkehrs und etwaiger weiterer, auf den streitigen Abschluss

[1]) RG. vom 5. 4. 1910. RG. Recht 1910 Nr. 1661, RG. v. 25. 2. 1919, Bd. 95 S 50.

[2]) RG. vom 15. 1. 1918, Recht 18 Nr. 478: In diesem Falle waren „die gelieferten Goulaschdosen zu einem erheblichen Teil ungenügend sterilisiert und darum unbrauchbar. Gegenüber der Mängelanzeige beruft sich der Beklagte auf den dem Bestätigungsschreiben aufgedruckten Vermerk, dass Beschwerden nur innerhalb von 8 Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt werden könnten, sowie auf die Tatsache, dass die Klägerin gegen den Inhalt der Bestätigung keinen Widerspruch erhoben hat. Allerdings gilt in der Regel widerspruchslose Hinnahme eines Bestätigungsschreibens als Genehmigung des Inhalts. Hier handelt es sich aber um einen heimlichen Mangel von Konserven, der im normalen Geschäftsverkehr erst nach Monaten zu erkennen war. Ein Gruud zum Widerspruch lag für die Klägerin aber nur insoweit vor, als die Bestätigung Erklärungen enthielt, die unzweideutig den Vertragsinhalt bestimmen sollten und als die Beklagte redlicherweise erwarten konnte, dass das Erklärte von der Klägerin so verstanden wurde. Diese Voraussetzung traf bei dem bloss aufgedruckten, also nicht gerade für den vorliegenden Fall berechneten, in diesem Fall aber widersinnigen Vermerke nicht zu, gleichgültig, ob er etwa für Beschwerden anderer Art hätte wirksam sein können."

[3]) RG. LZ. 1910 S. 854.

[4]) RG. v. 24. 11. 22, Bd. 105 S. 389.

sich aufbauender geschäftlicher Massnahmen der Verkäuferin in unerträglicher Weise gefährdet."

4. Wie ist nun die Rechtslage, wenn ausdrücklich zwischen den Parteien eine Gegenbestätigung vereinbart ist oder wenn sich die Parteien schon bei Abschluss des Vertrages den Austausch übereinstimmender Bestätigungsschreiben ausdrücklich vorbehalten haben.[1]) In diesem Falle ist der Vertrag nicht geschlossen, solange nicht beiderseitige übereinstimmende schriftliche Willenserklärungen vorliegen (§ 154 S.BGB.). Es müssen aber die Parteien den Abschluss des Vertrags von dem Austausch gleichlautender Bestätigungsschreiben ausdrücklich abhängig gemacht haben. Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn der Austausch von beiderseitigen Bestätigungssehreiben in der betreffenden Branche ein fester und allgemein anerkannter Handelsbrauch geworden ist. Es wurde beretts unter 1. ausgeführt, dass zwar von einem allgemeinen Handelsbrauch in dieser Richtung nach den Feststellungen der obersten Gerichte nicht die Rede sein kann, jedoch ist für verschiedene Branchen ein derartiger Handelsbrauch anerkannt, z. B. bei Abschluss von Theaterverträgen,[2]) Schiffbauverträgen, im Handel mit amerikanischen Hölzern in Hamburg.[3]) Schweigen bedeutet hier nicht Zustimmung.

In allen andern Fällen, die die Regel bilden, ist das Verlangen nach Bestätigung lediglich als Verlangen nach einer Beweisurkunde aufzufassen. So ist es insbesondere im Handelsverkehr zwar üblich, dass telegrafischen und telefonischen Abschlüssen schriftliche Bestätigungen nachfolgen, ebenso bei mündlichen Abschlüssen von grösserer Bedeutung, aber aus dieser Gewohnheit darf kein Handelsbrauch derart entnommen werden, dass solche Abschlüsse nicht ohne schriftliche Bestätigung bestehen könnten. Es soll hier nochmals darauf hingewiesen werden, dass eine derartige Gepflogenheit der schriftlichen Bestätigung telefonischer und telegrafischer Abschlüsse, sowie die Bitte um Gegenbestätigung an einem tatsächlich vorher abgeschlossenen und in allen Teilen festgelegten Vertrag nichts zu ändern

[1]) OLG. Rostock, OLGE. Bd. 40 S. 209.
[2]) OLG. München Seuff. Arch. Bd. 72 S. 117.
[3]) RG. LZ. 1918 S. 1156.

vermag (vgl. dazu die Ausführungen unter 1). Den im folgenden ausgeführten Fällen kommt also nur Bedeutung für den Fall zu, dass der Vertrag noch nicht zustande gekommen ist.[1])

Im einzelnen muss man hier unterscheiden:

a) Die Bitte um Gegenbestätigung hat für den Empfänger erkennbar den Sinn, dass der Absender lediglich ein Beweismittel für den Abschluss des Geschäfts, das Zugehen seines Bestätigungsschreibens an den Emgfänger und dessen Kenntnisnahme in den Händen haben will. Gibt hier der Absender zu erkennen, dass er der Ueberzeugung ist, dass das Schreiben die vorausgegangenen Verhandlungen zum mindesten im wesentlichen richtig wiedergibt, so darf die Gegenpartei nicht schweigen. Es gelten hier die unter 2. entwickelten Grundsätze. Das Verlangen nach Gegenbestätigung bedeutet hier eine Aufforderung zum Widerspruch.[2])

b) Anders liegt der sehr häufige Fall, in dem der Schreiber mit der Bitte um gleichlautende Bestätigung dem Empfänger zu erkennen gibt, dass er sich mit blossem Stillschweigen nicht begnüge, sondern im Schweigen eine Ablehnung erblicke. Hier kann das Schweigen regelmässig keine rechtliche Bedeutung erlangen.[3])

5. Welche Grundsätze gelten nun aber, wenn sich Bestätigunsschreiben kreuzen, d. h. wenn beide Teile sich den Abschluss gleichzeitig in entgegengesetztem Sinn oder mit anderen Bedingungen bestätigen. Staub[4]) hat für diesen Fall ausgesprochen, es müsse jeder Teil, der mit den Bedingungen des anderen Teils nicht einverstanden sei, sich dem Gegner vernehmlich machen. Staub glaubt sich damit auf die Entscheidung des RG. in Bd. 88 S. 380 stützen zu können. Diese Entscheidung betraf einen Kaufvertrag, bei dem das Bestätigungsschreiben des Verkäufers Bedingungen enthielt, die von dem gegnerischen Schreiben abwichen. Das RG. hat den nicht widersprechenden Käufer als zustimmend erachtet, weil bei einem voraufgegangenen Vertrag der Verkäufer, abweichend vom gegnerischen Bestätigungsschreiben, dieselben Bedingungen gesetzt und der Käufer sich

[1]) RG. JW. 1924 S. 405.
[2]) RG. v. 27. 3. 23 Bd. 106 S. 414 ff.
[3]) RG. Bd. 103 S. 98.
[4]) Staub Anh. zu § 372 Anm. 38b.

auf die Erfüllung des ersten Vertrages eingelassen hatte. Das RG. hat also den entscheidenden Faktor darin gefunden, dass der Käufer wegen seines früheren, einer Zustimmung gleichzuachtenden Verhaltens hätte widersprechen müssen, wenn nicht auch beim zweiten Vertrag stillschweigende Zustimmung angenommen werden sollte.

Hieraus folgt aber nicht, dass die widerspruchslose Hinnahme der gegnerischen Erklärung bei einander widersprechenden Bestätigungsschreiben schlechthin als Zustimmung anzusehen ist, sondern es bedarf auch hier des Vorliegens der gleichen besonderen Umstände, die dem Schweigen auf Bestätigungsschreiben im allgemeinen rechtserhebliche Bedeutung verleihen. Eine Verallgemeinerung in dem von Staub angeführten Sinne, ist schon deshalb nicht zulässig, weil sonst der Verkäufer als dem Bestätigungsschreiben des Käufers und der Käufer als dem Bestätigungsschreiben des Verkäufers sich unterwerfend erachtet werden müssten. Ein einheitlicher Vertragsinhalt könnte bei beiderseitigem Schweigen dann gar nicht entstehen.

6. Wie verteilt sich nun die Beweislast, wenn Streit darüber entsteht, ob der Vertrag durch das Stillschweigen des Empfängers zustande gekommen ist oder nicht. Hier muss der Bestätigende nur die Ankunft des Schreibens und die besonderen Umstände beweisen, die eine alsbaldige Antwort erheischen, nicht trifft ihn aber die Beweislast für das anstandslose Behalten seitens des Empfängers. Es muss vielmehr der Empfänger den Beweis erbringen, dass und warum sich aus seinem Schweigen eine Genehmigung nicht ergibt.[1]) Der Empfänger kann dem Bestätigenden entgegenhalten, dass er dem Bestätigungsschreiben bewusst einen unrichtigen Inhalt gegeben habe und dadurch gegen Treu und Glauben verstossen habe. Misslingt der Gegenbeweis dem Empfänger des Bestätigungsschreibens, so kann er dem Be-

[1]) So hat das RG. in seiner E. v. 10. 7. 1926 S. 2434 ausgesprochen: „Der Absender des Best.Schreibens kann sich zum Beweise des in ihm wiedergegebenen Vertragsabschlusses auf die blosse Tatsache berufen, dass das Schreiben dem Vertragsgegner zugegangen ist und abwarten, dass der andere Teil darlegt, wie er sich gegenüber dem Schreiben verhalten habe, um sein Einverständnis auszuschliessen. Der Absender des Best.Schreibens muss nicht das Stillschweigen des Empfängers dartun, sondern der Empfänger hat seinerseits zu beweisen, dass er dem Best.-Schreiben rechtzeitig widersprochen habe."

stätigenden nicht den Eid zuschieben, er habe den Inhalt des Bestätigungsschreibens erfunden; es würde sich sonst die Beweislast ändern, die dem Empfänger des Schreibens obliegt.[1])

7. Wenn auch in aller Regel nur im Handelsverkehr zwischen Kaufleuten das Schweigen auf ein auf Vorverhandlungen bezugnehmendes Bestätigungsschreiben nach der Handelssitte als Genehmigung angesehen werden kann, so hat doch die neuere Rechtsprechung anerkannt, dass u. U. dem Schweigen auf Bestätigungsschreiben auch unter Nichtkaufleuten rechtserhebliche Bedeutung zukommen kann.[2]) Dies gilt immer dann, „wenn der Absender erwarten durfte, dass der Empfänger, wenn er mit dem Inhalt des Schreibens nicht einverstanden sei, entsprechend antworten werde, dass auch der Kläger (in diesem Fall der Empfänger) hierüber nicht im Zweifel sein konnte, dass er daher, auch wenn er nicht Kaufmann war, dem Absender antworten musste, wenn er den Inhalt des die Besprechung wiedergebenden Schreibens nicht gegen sich gelten lassen wollte."[3])

§ 20.

Die stillschweigende Entgegennahme von Schlußscheinen.

Diese werden häufig unter den Parteien zum Zwecke schriftlicher Feststellung des Vertragsinhalts gewechselt und von jeder Partei unterschrieben. Sie unterscheiden sich von den Schlussnoten des § 94 HGB. dadurch, dass entweder eine andere Person als ein Makler die Vermittlungstätigkeit ausübt oder dass es an jeder Vermittlung fehlt. Von der Kommissionskopie unterscheiden sie sich dadurch, dass sie vom Verkäufer selbst erteilt werden, während die Kommissionskopie in aller Regel vom Reisenden oder einem sonstigen Vertreter des Geschäftsherrn erteilt wird. Aus diesem Grunde handelt es sich auch in dem Falle, in dem eine Partei der anderen eine mit der Urschrift gleichlautende Abschrift des Geschäfts übergibt, die nicht gerade als Schlusschein, häufig als „Auftragsbestätigung" bezeichnet wird, in Wahrheit nicht um eine Kommissionskopie, sondern um einen Schlusschein.[4])

[1]) RG. LZ. 1923 S. 344, E. v. 5. 2. 1923.
[2]) RG. Warn. Rspr. 1919 Nr. 50.
[3]) RG. v. 11. 2. 1920 LZ. 1920 S. 755.
[4]) RG. v. 29. 4. 1922, Warn. Rspr. 1922 Nr. 95.

Soll hier der Vertrag nach dem Willen der Parteien erst durch Auswechselung der Schlussscheine zustande kommen, so gelten die gleichen Grundsätze, wie wenn die Parteien den Vertragsschluss von der Uebersendung von gleichlautenden Bestätigungsschreiben abhängig gemacht hätten.

Erteilt aber nur eine Partei der anderen einen Schlussschein, so müssen die Grundsätze, die für Bestätigungsschreiben massgebend sind, Anwendung finden. Hieraus folgt, dass die widerspruchslose Entgegennahme von Schlussscheinen dazu führt, dass diese für das Rechtsverhältnis der Parteien massgebend sind. Denn auch in diesem Fall verfolgt der Absender in aller Regel den Zweck, alle Vertragsbedingungen erschöpfend festzulegen.[1]) Daraus folgt, dass die stillschweigende Entgegennahme eines Schlussscheins unter den gleichen Voraussetzungen keine Bedeutung hat, unter denen auch dem Stillschweigen auf Bestätigungsschreiben eine Bedeutung nicht zukommt (so z. B. wenn ein Vertrag vorher überhaupt nicht zustande gekommen war).

Aus der entsprechenden Anwendbarkeit der für die stillschweigende Annahme von Bestätigungsschreiben als richtig erkannten Rechtsgrundsätze ergibt sich, dass auch in der stillschweigenden Annahme von Schlussnoten eine Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen gesehen werden kann. So unterwirft sich derjenige, der mit einem Bankier in Cto.-Corrent-Verkehr steht und dessen Schlussnoten vorbehaltslos annimmt, den darin enthaltenen Börsenbedingungen.

§ 21.

Die vorbehaltlose Annahme von Answahlsendungen.

Bei der im kaufmännischen Leben sehr häufigen Auswahl- oder Mustersendung handelt es sich um Zusendungen, die im vorauszusetzenden Einverständnis des Empfängers, meist auf Grund häufigen geschäftlichen Verkehrs, erfolgen. In diesem Fall bietet der Verkäufer die ganze Ware an, lässt aber eine Auswahl zu, die noch vom Käufer getroffen werden soll. Gegen die Auffassung, dass es sich hier um einen bedingten Kauf handle, ist eingewandt worden, es fehle an der Bestimmtheit der zu be-

[1]) RG. v. 5. 6. 1923 JW. 1924 S. 405.

haltenden, also bestimmt gekauften Ware.[1]) Dies wäre nur dann zutreffend, wenn die Parteien in diesem Fall von vornherein davon ausgehen würden, es solle nicht die ganze Ware, sondern nur ein unbestimmbarer Teil davon gekauft werden. In Wahrheit aber ist zunächst die ganze Sendung angeboten, es soll aber in das Belieben des Käufers gestellt sein, welche Ware er behalten will. Handelt es sich demnach um einen bedingten Kauf, so unterscheidet sich dieser Fall von dem Kauf auf Probe dadurch, dass bei letzterem der Käufer nur die ganze übersandte Ware billigen kann oder nicht.[2]) Jedenfalls hat der Umstand, dass bei einem gewöhnlichen Kauf auf Probe der Käufer nur den gekauften Gegenstand im Ganzen billigen oder nicht billigen kann, während sich bei einer Auswahlsendung sein Billigungsrecht auf einen Teil der gekauften Gegenstände erstreckt, mit dem Wesen des Vertrags nichts zu tun. Für die Frage der stillschweigenden Genehmigung der Ware gelten daher die Grundsätze, die oben in § 7 für den Kauf auf Probe entwickelt worden sind. Wenn daher der Absender vom Empfänger Rücksendung der Ware verlangt hat, oder erklärt hat, dass nach Ablauf einer bestimmten Frist die Ware bei Schweigen des Empfängers als behalten gelte; so ist, wenn der Empfänger schweigt, die Annahme der Ware durch ihn anzunehmen und zwar gleichgültig, ob die vom Absender gestellte Frist angemessen oder unangemessen gewesen ist und eine angemessene Frist in Lauf gesetzt hat.[3])

Nach einem allgemeinen, für viele Branchen anerkannten Handelsbrauch gelten „die „zur Auswahl" überreichten Waren dann als fest verkauft, wenn sie nicht innerhalb von 8 Tagen nach Empfang zurückgesandt werden".[4]) Vielfach finden sich solche Klauseln auch in Bedingungen grosser Verbände des Wirtschaftslebens.[5])

---

[1]) So Förster-Eccius II § 124 Anm. 109; vgl. ferner Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 238; Staudinger 9. Aufl. zu § 495 Anh. 3e; Gruchot Bd. 49 S. 576.

[2]) Würde man jedoch im vorl. Fall ebensoviele Käufe auf Besicht annehmen, als die Auswahlsendung Gegenstände hat, so würde man auch diese letzte Unterscheidung zwischen der rechtlichen Natur der Auswahlsendung und dem Kauf auf Probe fallen lassen müssen.

[3]) So RG. v. 23. 12. 1910 LZ. 1911 S. 247.

[4]) Riesenfeld a. a. O. Nr. 234 ff

[5]) So z. B. in den Verbandsbedingungen der Vereinigung der deutschen Samt- und Seidenwaren-Grosshändler e. V. v. 5. 6. 28 „Auswahl-,

In allen diesen Fällen ist in der vorbehaltlosen Annahme der Auswahlsendung ein Einverständnis des Empfängers zu erblicken.

Eine Ausnahme gilt nur für den Fall der „Sendungen zur Ansicht". In diesem Fall gibt der Absender zu erkennen, dass er aus dem Schweigen eine Annahme nicht folgern werde.

Sowohl im Falle der Annahme der Auswahlsendung wie auch im Falle der Uebersendung von Waren „zur Ansicht" wird man aber annehmen müssen, dass bezüglich der Waren zwischen den Parteien ein Verwahrungsvertrag durch das Schweigen des Empfängers zustande kommt, wodurch dieser verpflichtet wird, die Ware, wenn er sie nicht zurücksendet, aufzubewahren. In der Uebersendung liegt zugleich ein Antrag des Absenders auf Verwahrung und es würde in diesen Fällen, in denen die Uebersendung der Waren dem mutmasslichen oder vorauszusetzenden Einverständnis des Empfängers entspricht, gegen Treu und Glauben verstossen, wenn der Empfänger sich nicht äussern würde, falls er die Aufbewahrung der Ware verweigert. Schweigt er, so gilt ein Verwahrungsvertrag als zustande gekommen und der Empfänger haftet für Verwahrung gemäss § 690 BGB. (diligentia quam in suis rebus).

Zur Rückgabe ist der Empfänger nicht verpflichtet (vgl. hierzu die Ausführungen im folgenden §), aber berechtigt. Sendet er die Waren zurück, so hat er in diesem Fall in aller Regel die Kosten der Rücksendung (ebenso wie die der Aufbewahrung) zu tragen.[1])[2])

§ 22.

Stillschweigen auf Zusendung unbestellter Ware.

Ganz anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn dem Empfänger unbestellte Ware übersandt wird. Hier gilt allgemein

Muster- und Rücksendungen dürfen nur zurückgenommen werden, wenn sie innerhalb 10 Tagen vom Rechnungstage ab dem Lieferanten in das Haus geschickt werden".

[1]) So Lönnies im Recht 1908 S. 743; Warneyer, BGB. § 496 Note 8; RGR.Com. § 495 Nr. 6.

[2]) Fordert der Empfänger den Absender auf, die Gegenstände abzuholen und setzt ihn in Verzug (§ 295 BGB.), so beschränkt sich von da an seine Verwahrungspflicht nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 BGB.).

der Grundsatz, dass der in der Zusendung enthaltene Vertragsantrag durch Schweigen nicht zum Inhalt eines Abschlusses wird. Die Gerichte haben vielmehr festgestellt, dass weder ein Gesetz noch ein allgemeiner Handelsbrauch besteht, kraft dessen der Empfänger unbestellter Ware unter dem Rechtsnachteil der Genehmigung zur ungesäumten Ablehnung verpflichtet wäre.[1]) Der Adressat vergibt sich selbst dann nichts durch die stillschweigende Annahme der Waren, wenn der Absender eine Freimarke zur Rückantwort beigelegt hat und eine Frist zur Rücksendung oder Antwort vorgeschrieben hat.

Bestritten ist, ob der Adressat durch die vorbehaltlose Annahme unbestellter Ware zur Aufbewahrung verpflichtet wird. Nach Josef[2]) wird der Empfänger in keiner Weise zur Aufbewahrung verpflichtet. Er ist sogar grundsätzlich berechtigt, die ihm unbestellt zugegangene Sache „auf die Strasse zu werfen, ohne sich hierdurch dem Absender gegenüber verantwortlich zu machen. Dem ist Beer[2]) mit der Begründung entgegengetreten, in der Zusendung unbestellter Ware liege nicht nur eine Verkaufsofferte, sondern zugleich der Antrag, den zugeschickten Gegenstand, falls er nicht gekauft werde, zurückzusenden oder doch bis zur Abholung aufzubewahren. Wenn aber ein solcher Verwahrungsantrag in der Zusendung unbestellter Waren liege, so liege auch in der Annahme der Waren eine Acceptation des Antrages, da andernfalls Treu und Glauben eine Verweigerung erfordern würde.[3])

An diesen Ausführungen ist m. E. richtig, dass in der Zusendung unbestellter Ware neben der Verkaufsofferte ein Antrag auf Verwahrung gelegen ist. Es besteht aber keine Veranlassung, das Stillschweigen auf diese Verwahrungsofferte rechtlich anders zu behandeln, als das Stillschweigen auf die in der Zusendung

---

[1]) So schon ROHG. Bd. 3 S. 43; RG. JW. 1900 S. 297.
[2]) DJZ. 1901 S. 431.
[3]) „Denn in unserer hastenden Zeit, wo jedermann an den schnellen Gang des Geschäftslebens die grössten Anforderungen stellt, ist auch jeder verpflichtet, die kleinen Mühen oder Unbequemlichkeiten auf sich zu nehmen, die überhaupt erst einen beweglichen Geschäftsverkehr ermöglichen und ist verpflichtet, dem Vertrauen Rechnung zu tragen, das seine Mitbürger berechtigterweise in seine Mitwirkung zur Ermöglichung eines glatten Funktionierens der Verkehrsmaschine setzen." So Beer a. a. O.

unbestellter Ware liegende Kaufofferte. Dem Empfänger können hier nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Handelsverkehr ebensowenig die Pflichten eines Verwahrers auferlegt werden, wie ihm die Pflichten eines Käufers daraufhin erwachsen können. Beide Anträge sind rechtlich gleich zu behandeln. Es gilt daher aus den erwähnten Gründen bei Zusendung unbestellter Ware auch für die Verwahrungsofferte der Grundsatz, dass Stillschweigen nicht Annahme bedeutet. Diese Ansicht lässt sich auch rechtspolitisch aufrecht erhalten. Sie ist mit den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs durchaus in Einklang zu bringen. Besonders in Zeiten schlechter Konjunktur — wie gegenwärtig — kann die Zusendung unbestellter Ware zu einer Landplage des Geschäftsverkehrs werden. Es entspricht durchaus der Billigkeit, dem Verkäufer, der sich zu Zwecken des Absatzes derartiger Gepflogenheiten bedient, das Risiko des Verlustes der Ware aufzuerlegen. Denn er beherrscht ja die Gefahr insofern, als er sich seine Empfänger aussuchen kann, denen er die Ware zusenden will. Wollte man von dem Empfänger verlangen, dass er im Falle der Ablehnung der Verwahrungsofferte deren Annahme ausdrücklich verweigere, so würde man in diesen Fällen auch den vom Absender verfolgten Zweck der Zusendung vereiteln, der doch dem Empfänger in jedem Falle eine Prüfung der Ware ermöglichen soll, abgesehen davon, dass der Empfänger meist gar nicht in der Lage sein wird, in dem Augenblick der Ankunft der Ware sofort zu erkennen, ob es sich um unbestellte Ware im Sinne dieser Ausführungen oder etwa nur um eine Auswahl- oder Mustersendung handelt.

Auch für eine entsprechende Anwendung der §§ 377—379 HGB. ist kein Raum, da diese einen bereits fest abgeschlossenen Kauf voraussetzen.

Wenn nun auch kein Verwahrungsvertrag nach §§ 688 ff. BGB. zustande kommt und demgemäss für den Empfänger eine Verpflichtung zur Aufbewahrung nach § 690 BGB. nicht entsteht, so wird man Josef doch darin nicht folgen können, dass der Empfänger mit dem Gegenstand einfach machen kann, was er will, ihn einfach „auf die Strasse werfen“ kann. Jeder Sorgfalt kann sich dem Kaufmann auch bei Zusendung unbestellter Ware

nicht entziehen, dies würde der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Kaufmanns widerstreiten.[1])

Ist der Empfänger nicht zur Aufbewahrung verpflichtet, so kann er mangels eines zwischen ihm und dem Absender bestehenden Schuldverhältnisses auch nicht verpflichtet sein, die Waren zurückzusenden. Der Empfänger ist lediglich verpflichtet, dem Absender zu gestatten, dass er die Ware an sich nehme. Der Absender hat keinerlei Recht, auf Grund der blossen Tatsache, dass der Empfänger die unbestellt zugesandte Sache erhalten hat, auf Rückgabe oder Wertersatz nach Wahl des Empfängers zu klagen. Denn die Eigentumsklage nach § 985 BGB. setzt voraus, dass der Empfänger Besitzer geworden ist. Die blosse Tatsache aber, dass der Postbote die unbestellt zugesandte Ware dem Empfänger oder gar nur seinem Hausgenossen abgegeben hat, beweist noch nicht einmal, dass dieser den ihm durch die Post oder den Boten angebotenen Besitz wirklich übernommen hat (er kann die Ware sofort, nachdem er sich von dem Sachverhalt überzeugt hatte, unbeachtet stehen gelassen, oder den Besitzerwerb abgelehnt haben), noch weniger, dass er bei der Klagezustellung noch im Besitze ist; und selbst wenn feststeht, dass der Empfänger in diesem Zeitpunkt noch im Besitze ist, so ist er nicht zur „Herausgabe," sondern nur verpflichtet, dem Absender zu gestatten, dass er die Sache wegnehme. Das bei derartigen Klagen gewöhnliche Anhängsel, wonach der Beklagte die Ware oder deren Wert leisten soll, entbehrt jeder Begründung; denn wie die Empfangnahme unbestellter Ware für sich keinerlei Schuldverhältnis erzeugt, so kann der blosse Umstand, dass sie nicht mehr vorhanden ist, keinerlei Verpflichtung zum Wertersatz begründen. Findet sich aber der Absender beim Empfänger ein, um die Sache an sich zu nehmen, so ist der Empfänger verpflichtet, dies zu gestatten. Im Falle der Weigerung gerät er in Verzug (§ 284 BGB.) und haftet nunmehr dem Absender für den durch den Verzug entstandenen Schaden (§§ 286, 287 BGB.), hat also den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn er sich nicht geweigert hätte (§ 249 BGB); und da letzteren Falls der Absender die Sache schon bei der Weigerung wieder erlangt hätte, so ist der Absender nicht ver-

[1]) Staub zu § 379 Anm 30.

pflichtet, nochmals selbst oder durch einen Bevollmächtigten beim Empfänger zu erscheinen, um die Sache abzuholen. An Stelle der bis zum Verzug bestandenen Verpflichtnng, die Wegnahme zu gestatten, ist nunmehr die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe getreten, Infolgedessen ist der Empfänger nunmehr verpflichtet, die Sache dem Absender zurückzubringen oder zurückzusenden.

Schickt nun aber der Empfänger die Ware dem Absender zurück, obschon für ihn eine diesbezügliche Verpflichtung nicht besteht, so handelt er zwar als Geschäftsführer ohne Auftrag, aber auch die Zurücksendung muss mit gehöriger Sorgfalt vorgenommen werden. So wird der Empfänger, wenn er sich der Rücksendung unterzieht, beim Verkäufer im Zweifelsfalle wegen der Versicherung der Ware anfragen oder selbt Versicherung zu vollem Werte nehmen müssen; dies würde ja auch dem mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen.

Wenn nun auch grundsätzlich das Schweigen auf Uebersendung unbestellter Ware keinerlei Rechtsfolgen mit sich bringt, so können doch Umstände hinzutreten, die das Vertragsangebot als angenommen erscheinen lassen:

a) Schweigen auf Zusendung unbestellter Ware gilt immer dann als Zustimmung, wenn durch schlüssige Tatsachen auf Seiten des Empfängers der Annahmewille ausgedrückt wird, d. h. wenn der Käufer Handlungen vornimmt, die die stillschweigende Annahme und dazu auch die Erklärung der Annahme des vom Verkäufer gemachten Vertragsantrags enthalten und diese Handlungen dem Verkäufer bekannt geworden sind und bekannt werden mussten (z. B. Ingebrauchnahme der Waren durch den Empfänger). Es muss jedoch hervorgehoben werden, dass es sich hier nicht um Fälle reinen Stillschweigens, sondern um konkludente Handlungen auf Seiten des Empfängers handelt. Diese Fälle stehen daher ausserhalb des Rahmens der Aufgabe.

b) Die Zusendung der unbestellten Waren kann unter Verhältnissen erfolgen, die im Falle der Ablehnung eine Pflicht des Empfängers, sich zu erklären, annehmen lassen; dies gilt zunächst für den Fall, in dem der Empfänger weiss oder erkennen muss, dass der Absender irrtümlich angenommen hat, es liege Bestellung vor. Hier ist es dem Empfänger erkennbar, dass der

Absender sein Schweigen als Zustimmung betrachten muss und seine Entschliessungen darnach einrichten wird. Es besteht für ihn demgemäss eine Pflicht zur Klarstellung, andernfalls sein Verhalten nach Treu und Glauben als Zustimmung gedeutet werden muss.

Wird unbestellte Ware mit bestellter Ware geliefert, so darf der Käufer ebenfalls nicht schweigen, wenn der Sendung auf eine Bestellung hin nach den Beziehungen der Parteien die besondere Bedeutung zukommt, dass der Verkäufer erkennbar auf Annahme rechnete und rechnen konnte.[1]) Dies gilt insbesondere dann, wenn bestellte und unbestellte, leicht verderbliche Waren zusammen gesandt werden. In all diesen Fällen muss sich der Empfänger bewusst sein, dass er den Absender durch sein Schweigen in den Glauben versetzt, er billige die Mehrlieferung. Will er diese nicht annehmen, so muss er dies dem Absender unverzüglich mitteilen.[2])

2. Stillschweigen auf freibleibende Vertragsanträge:

§ 23.

Das Stillschweigen auf Vertragsangebote und bei Abschlüssen unter Vorbehalt.

Vor dem Weltkriege wurde die Klausel „freibleibend" üblicherweise nur bei Vertragsangeboten angewandt und vom Verkehr allgemein dahin verstanden, dass der Erklärende damit zum

[1]) RG. v. 8. 10. 1918, LZ. 19 S. 966.

[2]) Für Nachnahmesendungen bestellter mit unbestellter Ware hat das OLG. Dresden mit Urt. v. 19. 12. 19 (OLGE. Bd. 41 S. 245) ausgesprochen: „Das Rechtsverhältnis, das durch die Uebersendung einer grösseren Warenmenge unter Nachnahme und durch die Einlösung dieser Sendung entstanden ist, erschöpft sich nicht darin, dass die Beklagte einen neuen Vertragsantrag gestellt, der Kläger ihn abgelehnt habe und dass nunmehr die entstandene Bereicherung auszugleichen sei. Denn es ist in diesem Falle für beide Parteien klar, dass der Kläger sich über die Annahme des neuen Antrags nicht schlüssig machen kann, bevor er die Nachnahme eingelöst und die Ware nach Menge und Beschaffenheit geprüft hat. Daher muss im Verhalten des Absenders noch ein besonderer Vertragsantrag dahin gefunden werden, dass zunächst der Kläger die Nachnahme in voller Höhe einlöst, die übersandte unbestellte Warenmenge einstweilen aufbewahrt und prüft, und dass bei einer Ablehnung des neuen Kaufangebots der Absender nicht nur den nachgenommenen Mehrbetrag zurückerstatten, sondern auch die unbestellte Ware wieder zurücknehmen soll. Nur diesen ihm namentlich durch die Höhe des nachgenommenen Betrages erkennbaren Antrag nimmt der Empfänger durch

Ausdruck bringe, er lehne eine Bindung seinerseits ab und behalte sich die Entscheidung darüber, ob er den Vertrag auf der angegebenen Grundlage zum Abschluss bringen wolle, bis zum Eintreffen der Antwort des Erklärungsempfängers vor. Kam der Vertrag zustande, dann hatte sich die rechtliche Bedeutung der Klausel erschöpft. Kam der Vertrag einmal zustande, so konnte sie keine Rechtswirkungen mehr äussern. Die durch den Krieg und dessen Nachwirkungen hervorgerufenen unsicheren wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die Schwierigkeiten der Rohstoffbeschaffung und die im Zeichen der Inflation emporschnellenden Löhne und Materialpreise, führten in den ersten Jahren nach dem Kriege dazu, die Klaussel „freibleibend" auch zu einem Bestandteil des Vertrages selbst zu machen. Der Verkäufer wollte sich dadurch auch nach Abschluss des Vertrages nach der einen oder anderen Richtung freie Hand wahren, (z. B. in Bezug auf nachträgliche Preiserhöhungen). Im letzteren Fall stellt jedoch, wie das RG. in seiner E. v. 19. 10 21[1]) bereits zutreffend ausgeführt hat, „die Einfügung der Klausel „freibleibend" als Bestandteil von Vertragsschlüssen, wenngleich sie in der Nachkriegszeit im deutschen Geschäftsleben häufig angewandt ist, eine Abweichung von den regelmässigen, in einem normalen Wirtschaftsleben üblichen Vereinbarungen dar. Eine derartige Klausel ist daher als Annahmebestimmung streng auszulegen." Diese einschränkende Auslegung des RG. hat auch durchweg Anerkennung gefunden.[2]) Denn die Klausel „freibleibend" darf den Käufer nicht der Willkür des Verkäufers aussetzen, wenn einmal die Annahme ausgesprochen ist. So wird man insbesondere stets fordern müssen, dass der „Verkäufer, der in seinem Angebot mit der Klausel „freibleibend" einen von ihrer regelmässigen Bedeutung[3]) abweichenden aussergewöhnlichen Sinn verbinden will, seine Absichten in klarer, nicht misszuverstehender Weise zu erkennen gibt."[4]) Diese strenge Auslegung wird heute ganz

die Einlösung der Nachnahme an. Es erübrigt alsdann zwischen den Parteien nur noch ein besonderes, die Abwicklung des neuen Kaufangebots betreffendes Schuldverhältnis."

[1]) JW. 1922 S. 23.

[2]) Vgl. Dove, JW. 1921 S. 1309; Hachenburg, JW. 1921 S. 1234.

[3]) Die in dem Urteil zuvor erörtert wird.

[4]) „Andererseits wäre sein Verhalten mit den Gepflogenheiten eines redlichen Handelsverkehrs nicht vereinbar. Derjenige aber, der ohne

besonders am Platze sein, da ein Bedürfnis für einen freibleibenden Vertragsabschluss heute in aller Regel nicht mehr gegeben ist.[1]) Als Bestandteil des Vertrages ist die Freizeichnungsklausel daher auch selten geworden.[2])

1. Es soll hier zunächst der Regelfall einer Prüfung unterzogen werden, in dem nur das Angebot freibleibend gemeint ist. Der Antrag ist freibleibend, wenn der Verkäufer bestimmte Ware zu bestimmten Preisen einem Kaufliebhaber freibleibend anbietet. Der Verkäufer fordert in diesem Fall den Käufer zur Stellung eines Antrags auf und gibt ihm zu erkennen, dass er eine Bindung seinerseits bis zum Eintreffen des von dem Käufer zu stellenden Antrags ablehne. Antwortet nun der Käufer, er „nehme an," so ist dies gar keine Annahme, sondern erst der Antrag zum Kaufabschluss. Auf diesen Antrag muss sich der Verkäufer nun seinerseits unverzüglich erklären, sonst kommt durch sein Schweigen ein Vertrag auf der Grundlage seines Anerbietens zustande. „Wer ein freibleibendes Angebot macht, muss, wenn der Gegner erklärt, darnach einen Vertrag schliessen zu wollen, seine Entscheidung in der Regel unverzüglich kundgeben, andernfalls das Angebot der Gegenseite als angenommen gilt."[3]) Dies ergibt sich daraus, dass derjenige, der ein freibleibendes Angebot macht, dem Gegner zu erkennen gibt, dass er mit ihm unter gewissen Bedingungen und Voraussetzungen in ein Vertragsverhältnis treten wolle. Wenn dieser alsdann unverzüglich und vorbehaltlos seine Bereitwilligkeit dazu erklärt, hat er auch

---

zwingenden Anlass sich einer unklaren Ausdrucksweise bedient, muss mangels entgegenstehender Umstände diejenige Auslegung gegen sich gelten lassen, welche nach der Verkehrsauffassung die gewöhnliche und regelmässige ist. Völlig unerheblich ist daher der in dem Schreiben vom 10. November ausserhalb des Brieftextes stehende Vermerk „stets freibleibend", der ohne weiteren Zusatz keine Auskunft darüber gab, in welcher Beziehung die Bindung der Beklagten ausgeschlossen sein sollte." So RG. v 3. 6. 1921, JW. 1921 S. 1234.

[1]) Im holländischen Recht findet sich die Klausel „freibleibend" nur beim Kauf, nicht beim Werklieferungsvertrag oder ähnlichen Verträgen, vgl. Troelstra, Het Vrijblijrend Aanbod, Amsterdam 1925, Verlag H. J. Paris.

[2]) Eine logische Folge der strengen Auslegung der Freizeichnungsklausel ist es, dass sie im Zweifel nur auf das Angebot zu beziehen ist, wenn nicht klar und deutlich zum Ausdruck gebracht war, dass sie auch beim Abschluss aufrecht erhalten werde.

[3]) RG v. 24. 10. 25, LZ. 1926 S. 435. Grundlegend: RG. v. 18. 3. 22, JW. 1923 S. 118.

ein Recht darauf, unverzüglich zu erfahren, ob diese zu einem festen Vertragsschluss führen oder nicht, damit er seine weiteren geschäftlichen Massnahmen zu treffen in der Lage ist.[1])

Man wird weiterhin fordern müssen, dass die Ablehnung des freibleibend Anbietenden unzweideutig ist; missverständliche, ausweichende, hinhaltende Antworten sind keine Ablehnung. Fügt der Antragende seiner Annahmeerklärung wesentliche Aenderungen des „freibleibenden" Angebots hinzu, so hat er damit einen neuen selbständigen Antrag gestellt, den der Empfänger durch Schweigen nicht annimmt[2]) und zwar gleichgültig, ob die Aenderungen dem Empfänger günstig oder ungünstig sind.

2. Ist die Klausel „freibleibend" erkennbar zum Vertragsbestandteil gemacht worden, so ist die Wirkung die, dass dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht zusteht, dem Käufer dagegen nicht.[3]) Es machen in diesem Falle die Parteien von dem ihnen zustehenden Recht Gebrauch, die Erfüllung des Vertrages in die Willkür der einen Partei zu stellen. Diese einseitige Erweiterung der vertraglichen Rechte einer Partei, die sich infolge der Unsicherheit der Wirtschaftsverhältnisse im Handelsverkehr eingebürgert hatte, findet aber ihre Grenze an dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, der gebietet, dem für den anderen Teil nachteiligen Schwebezustand, sobald es nach Lage der Verhältnisse möglich ist, ein Ende zu bereiten. Mit der Lockerung des obligatorischen Bandes durch die Klausel „freibleibend" darf nicht dem einen Teile ein Recht zur Verantwortungslosigkeit gegenüber dem Mitkontrahenten erwachsen. Es wird daher erforderlich sein, dass „der zur willkürlichen Entscheidung berufene Vertragsteil, seinen Willen, nunmehr den Vertrag zu erfüllen, erkennbar zum Ausdruck bringt[4]) und dass der Verkäufer seines Rechtes immer dann verlustig geht, wenn er es in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise versäumt hat, davon Gebrauch zu machen.[5])

---

[1]) Vgl. RG. v. 28. 1. 21, JW. 1921 S. 393, Staub, Anh. zu § 361 Anm. 17 ff.
[2]) RG. Warn. Rspr. 1925 Nr. 14.
[3]) RG. Bd 105 S. 370 ff.
[4]) RG. v. 22. 2. 22 Bd. 104 S. 100.
[5]) „Dass der Vertragsteil, dem ein Befreiungsvorbehalt zur Seite steht, dessen Auswirkung nicht beliebig hinauszögern darf, sondern sich auf ihn berufen muss, sobald er in der Lage ist, die einschlägigen Verhältnisse mit hinlänglicher Klarheit zu übersehen, ist insbesondere in der

3. Die entwickelten Grundsätze haben Anwendung zu finden auf die anderen im Handelsverkehre häufigen Vorbehalte, Klauseln wie „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“[1]) oder „Streik, Krieg, Betriebsstörungen, sowie sonstige Fälle höherer Gewalt vorbehalten“.[2]) Für alle diese Fälle gilt, dass man es mit der Auslegung von Befreiungsklauseln überhaupt streng zu nehmen hat und Unklarheiten zu Ungunsten desjenigen gehen, der sich auf die Befreiung beruft. Auch die nicht seltene Klausel, dass der Verkäufer nicht zu liefern brauche, wenn er von seinem Lieferanten in Stich gelassen werde, ist einschränkend auszulegen in dem Sinne, dass der Verkäufer trotz der Klausel eine gewisse Verantwortlichkeit für die Nichterfüllung seitens des Unterlieferanten tragen müsse, und, falls er diesen für die Nichterfüllung haftbar machen kann, auch seinem Vertragsgegner haftbar bleibt.[3])

In allen diesen Fällen „widerspricht es den Anschauungen des redlichen Geschäftsverkehrs und verstösst gegen Treu und Glauben, wenn der vertragsgetreue Teil unnötig lange in Ungewissheit darüber gelassen wird, ob der Vertrag mit Rücksicht auf eine Befreiungsklausel aufgehoben werden soll oder nicht. Durch ein zögerliches Verhalten, durch das der Fortbestand des Vertrages ungebührlich lange in Frage gestellt wird, verwirkt der Berechtigte die Befugnis, sich auf die Klausel zu berufen“.[4])

3. Stillschweigen auf Rücktrittserklärungen:

§ 24.

Die Bedeutung des Stillschweigens auf Rücktrittserklärungen.

Es sollen hier die Fälle ausser Betracht bleiben, in denen einem Vertragsteile nach dem Gesetze ein Rücktrittsrecht zusteht. Es scheiden auch diejenigen Fälle aus, in denen nach dem Vertrage einer Partei unter gewissen Voraussetzungen ein Rücktritts-

---

durch die Kriegsklauseln veranlassten Rechtsprechung anerkannten Rechtens.“ So Plum JW. 1925 S. 239 Anm. unter Hinweis auf RG. JW. 1920 S. 471.

[1]) RG. v. 4. 4. 22 JW. 1922 S. 1674. Ueber Lieferungsunmöglichkeit müssen wir uns vorbehalten und beginnt unsere Verpflichtung erst bei Rechnungserteilung“ vgl. OLG. Naumburg LZ. 1922 S. 472.

[2]) Uebersicht bei Plum, JW. 1922 S. 633 ff.

[3]) RG. Bd. 103 S. 82.

[4]) So RG. v. 4. 10. 24 JW. 1925 S. 240 in Uebereinstimmung mit RG. Bd. 88 S. 145, Bd. 91 S. 109.

recht zustehen soll. Daneben kommt es vor, dass eine Partei nach Abschluss des Vertrages der anderen aus irgend einem Grund erklärt, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. Ist die Partei nun auf Grund Gesetzes oder Vertrages nicht zum Rücktritt berechtigt, so kann die Erklärung an sich Rechtswirkungen nicht im Gefolge haben, es sei denn, dass die Gegenpartei damit einverstanden wäre. Dieses Einverständnis kann die Gegenpartei kundtun mittels einer Erklärung. Wie ist es aber, wenn sie auf die Rücktrittserklärung der anderen Partei schweigt?

Wir haben im vorstehenden gesehen, dass in vielfacher Richtung Handelsbräuche bestehen, denen zufolge gemäss § 346 HGB. unter Kaufleuten Schweigen auf eine Willenserklärung als Einverständnis anzusehen ist, wenn dies dem Prinzip von Treu und Glauben entspricht. Bei Rücktrittserklärungen wird man letzteres aber stets verneinen müssen. Denn es hiesse an dem vornehmsten Prinzip, dem der Vertragstreue, rütteln, wenn man das Schweigen auf eine Rücktrittserklärung ohne weiteres dem auf ein Vertragsangebot gleichstellen würde. Es kann dem Empfänger der Rücktrittserklärung, der das Bewusstsein des abgeschlossenen und in Kraft befindlichen Vertrages hat, nicht ohne weiteres zugemutet werden, sich in jeder Zeit auf die vertragswidrige Erklärung des Gegners zu äussern. Andererseits erfordert auch hier die Lage desjenigen, der den Rücktritt erklärt, Beachtung. Es ist denkbar, dass der Erklärende mit Fug sich der Erwartung hingeben kann, der Empfänger der Erklärung werde, sei es in Anerkennung der von ihm zur Begründung des Rücktritts vorgebrachten gewichtigen Gründe, sei es auf Grund der bestehenden Geschäftsverbindung, für diesmal auf sein Recht der Vertragserfüllung verzichten. Wenn jedoch der den Rücktritt Erklärende darnach sein Handeln einrichtet, so tut er dies regelmässig auf eigene Gefahr. Denn man wird im Hinblick auf das Prinzip der Vertragstreue regelmässig vom Empfänger eine Antwort nicht fordern dürfen. Schwerer wiegt schon die Tatsache, dass der Empfänger der Erklärung in der Lage ist, die Konjunktur auszunutzen, indem er sich nicht äussert und die Gegenseite im Unklaren lässt. Aber auch hier wird es regelmässig billig sein, das Risiko der von ihm selbst verschuldeten Gefahr dem Absender der Erklärung aufzuerlegen.

a) Wenn der Erklärende dies zwar verspätet, aber doch noch innerhalb einer Zeitspanne getan hat, die er brauchte, um die Gestaltung der Wirtschaftslage einigermassen zu überblicken.

b) Wenn unter aussergewöhlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere bei starken Preisschwankungen, das Schweigen des Erklärungsempfängers als gegen Treu und Glauben verstossend angesehen werden muss.[1])

2. Enthält der Vertrag keine derartige Bestimmung, so gilt Schweigen auf eine Rücktrittserklärung nur dann als Einverständnis zu der Aufhebung des Vertrages, wenn nach Treu und Glauben dem Empfänger zugemutet werden kann, auf die vertragswidrige Erklärung des Absenders einzugehen. Dies ist der Fall:

a) Wenn der Empfänger der Erklärung so lange schweigt, dass er dadurch den Erklärenden in den Glauben versetzt, er betrachte den Vertrag als erledigt und sei mit seiner Aufhebung einverstanden.[2])

b) Wenn der Empfänger auf das Rücktrittsbegehren des anderen Teiles zunächst eine unbestimmte Antwort gegeben hatte, dann aber geschwiegen hat, so dass er den anderen Teil in den Glauben versetzen musste, er habe sich dessen Auffassung zu eigen gemacht und bestehe nicht mehr auf Lieferung.[3])

c) Immer dann, wenn sich aus dem Schweigen des Empfängers eine Spekulationsabsicht ergibt, insbesondere wenn es sich um Waren handelt, die starken Preisschwankungen unterworfen sind oder die Wirtschaftslage allgemein der Stabilität ermangelt.

Eine zusammenfassende Kritik der von der Judikatur entwickelten Grundsätze ergibt folgendes:

1. Wenn die Parteien die Vereinbarungen getroffen haben, dass der eine oder andere Teil bei Eintritt gewisser zunächst

---

Anforderungen von Treu und Glauben unvereinbaren Weise den die Vertragserfüllung weigernder Schuldner im Ungewissen darüber gelassen hat, ob die Vertragserfüllung noch verlangt werde. Die nachher erfolgte Rücktrittserklärung stellte sich in vorliegendem Fall als verspätete Ausübung eines Rechtes, nicht als unerlaubte Handlung überhaupt dar, weil schon der Vertrag der Parteien auf die Einwirkung eines möglichen Krieges Rücksicht genommen hatte "

[1]) So RG. v. 23. 5. 1916 Bd. 88 S. 261.

[2]) So RG. Gruchot 1920, E. v. 14. 11. 1919.

[3]) So OLG. Naumburg v. 26. 1. 1922, Recht 1922 Nr. 1133.

noch nicht voraussehbarer Umstände vom Vertrag zurücktreten kann, so bezwecken sie damit in aller Regel, sich die Möglichkeit zu verschaffen, einen Ueberblick über die wirtschaftliche Lage zu gewinnen, um darnach ihre Entscheidungen einrichten zu können. Ist nun eine Partei nicht in der Lage, innerhalb der von den Parteien als ausreichend erachteten Pflicht den Ueberblick zu gewinnen, und hält sie aus diesem Grunde die Frist nicht genau ein und erklärt den Rücktritt erst nach Fristablauf, so besteht doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die andere Partei damit einverstanden ist; hatte sie ja selbst beim Abschluss des Vertrages den Willen, beim Eintreffen der bezeichneten Umstände den Vertrag aufzuheben. Vor allem wird man ihr aber zumuten können, in diesem Fall auf die Erklärung des Gegners einzugehen und im Falle ihres Nichteinverständnisses ihrer Ansicht Ausdruck zu geben und zwar innerhalb einer bestimmten Frist, die sie ihrerseits braucht, um sich von der Entwicklung der für den Bestand des Vertrages massgebenden Umstände ein Bild zu machen. Sie ist ja jetzt diejenige, die sich in einer günstigeren Rechtslage befindet und selbst Zeit zur Entscheidung hat, während der Erklärende im Ungewissen ist.

2. Haben die Parteien ein Rücktrittsrecht nicht vereinbart, so stellt sich allerdings die Rücktrittserklärung eines Teiles regelmässig als eine vertragswidrige Handlung dar und man wird daher in aller Regel von dem auf die Erfüllung des Vertrages vertrauenden Erklärungsempfänger nicht verlangen können, dass er darauf eingeht. Aber auch hier kann in den angegebenen Fällen das Schweigen des Empfängers eine Interessenverschiebung im Gefolge haben, die nicht dem Wesen des Vertrages entspricht, der eine Gleichwertigkeit des Risikos und der Leistungen zur Grundlage hat. In diesen Fällen kann vom Erklärungsempfänger verlangt werden, dass er die ungünstigere Lage seines Vertragsgegners nicht noch mehr dadurch verschärft, indem er ihn im Ungewissen lässt, um seinerseits die Konjunktur unmehr ausnützen zu können.

C. Zur Lehre von der stillschw. Bevollmächtigung.

§ 25.

Die stillschw. Bevollmächtigung kaufmännischer Angestellter.

Nicht selten kommt es im Handelsverkehr vor, dass ein Antrag von einem unbefugten Angestellten angenommen wird. Für die Beantwortung der Frage, ob ein einem nicht zum Abschluss bevollmächtigten Angestellten gegenüber gestellter und von diesem angenommener Antrag dem Prinzipal gegenüber im Falle seines Schweigens rechtswirksam ist, ist als wesentlich zu erachten, ob der Erklärende auf die Vertretungsmacht des Angestellten vertrauen konnte, also insoweit gutgläubig war oder nicht. Im ersteren Fall wird ein Kaufmann stets, „sobald er Kenntnis davon erlangt, dass von seiner Firma wider seinen Willen durch einen unbefugten Angestellten ein Antrag angenommen worden ist, dem gutgläubigen Empfänger gegenüber unverzüglich widersprechen und Stillschweigen solchen Falls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Genehmigung gelten müssen".[1])

Die Vollmacht kann nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Handelsgesetzbuch als Handlungsvollmacht — im Gegensatz zu der ausdrücklich zu erteilenden Prokura — auch „stillschweigend" erteilt werden, d. h. ohne ausdrückliche, unmittelbar auf die Erteilung gerichtete Worterklärung. Die Erteilung kann danach durch Worte erfolgen, welche nur mittelbar auf die Vollmachterteilung hinweisen oder aber auch durch konkludente Handlungen anderer Art. Immer aber handelt es sich hier — wenn auch nur eine mittelbare Erklärung vorliegt — um die Aeusserung eines Bevollmächtigungswillens.

In den Erörterungen der Literatur und Judikatur versteht man aber unter „stillschweigender Bevollmächtigung" noch etwas ganz anderes als das eben erwähnte. Man denkt nämlich auch daran, dass durch irgend ein Verhalten einer Person ein Dritter veranlasst wird, zu glauben, sie habe einem anderen Vollmacht

---

[1]) Staub, Anh. zu § 361 Anm. 42. Anregung und Grundlage der folgenden Ausführungen ist der Aufsatz von Ernst Heymann, Wechselzeichnung der Sparkassen in „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben" Bd. IV S. 287 ff. (Festgabe der jur. Fak. zum 50jährigen Bestehen des RG.).

erteilt und dass sie deshalb nach Treu und Glauben durch die Rechtshandlungen des sog. Bevollmächtigten verhaftet wird, mag auch ihr Verhalten, das hier in aller Regel ein passives ist, keineswegs als Vollmacht erteilende Willenserklärung gemeint gewesen sein. In diesem Sinne erwähnt insbesondere das RG. immer wieder die Frage der sogen. „stillschweigenden Vollmacht", in diesem Sinne hat sich auch die Literatur mit der Frage befasst.[1]) Auch in der Literatur kehrt a. a. O. die Ansicht wieder, dass auf der erwähnten Grundlage eine „Vertretung" möglich sei. Das RG. hat das Prinzip in fester Praxis aufgenommen und fortgebildet. Besonders klar ist es in einer Entscheidung des 2. Senats vom 27. Mai 1927[2]) formuliert, wo es heisst: „Im Verkehr unter Kaufleuten muss die Frage, ob ein Kaufmann einem seiner Angestellten Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften, insbesondere zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten erteilt hat, und ebenso der Umfang dieser Vollmacht, nach dem in die äussere Erscheinung getretenen Verhalten des Kaufmanns beurteilt werden. ..... Es kommt daher für die Frage nach der stillschweigenden Vollmachtserteilung nicht sowohl darauf an, ob der Vertretene die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vertreters gekannt und geduldet hat, als vielmehr darauf, wie das Verhalten des Vertretenen gegenüber den Handlungen des Vertreters von den mit diesem abschliessenden dritten Personen aufgefasst werden musste, d. h. ob es von ihnen nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden durfte, dass dem Vertretenen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Verhalten des Vertreters nicht habe verborgen bleiben können und dass es daher von ihm geduldet wurde." Der Senat beruft sich dabei auf das vielfach zitierte Urteil des 2. Senats vom 14. 3. 1907,[3]) in welchem besonders betont wird, dass es auf das Willensmoment des Vertetenen überhaupt nicht ankommt. Der hier zum Ausdruck gebrachte Gedanke, dass es nur auf den äusseren Tatbestand ankommt, auf welchen der Dritte vertraute oder vertrauen durfte, ist schon vom 2. Senat des ROHG. in seiner Entscheidung vom 26. 5. 1873[4])

[1]) Vgl Düringer-Hachenburg, HGB. I Vorbem. zu § 48 Anm. 36 und 48; Staub § 54 Anm. 5 ff., § 125 Anm. 10; Planck, BGB. § 167 Anm. 6; Staudinger-Riezler, BGB. § 167 Anm. 5; Komm.RGR. § 167 Note 1.

[2]) Bd. 117 S. 165. [3]) RG. Bd. 65 S. 292.

[4]) ROHG. Bd. 10 S. 42.

deutlich zum Ausdruck gebracht worden, indem dort betont wird, dass die handeltreibende Ehefrau für die Geschäft eihres Handelsbevollmächtigten aufgetretenen Ehemannes haften müsse, weil der Dritte guten Grund hatte, an die Vollmacht zu glauben, „wenn auch in Wirklichkeit ihr Ehemann nicht zu demselben (dem Kauf) ermächtigt gewesen wäre, sondern durch Abschluss desselben seine Vollmacht überschritten haben sollte." Treu und Glauben hätten gefordert, dass die Frau eine Beschränkung der Vollmacht ihres Mannes dem gutgläubigen Dritten gegenüber kundgetan hätte.[1]) Der Satz ist im Handelsrecht schon alt und vom Reichsgericht immer wider hervorgehoben worden.[2]) Dieser im Handelsverkehr entwickelte Satz steht heute fest und kann als Gewohnheitsrecht betrachtet werden.[3]) Und hier ist es gerade die Tatsache, dass die Haftung auch in Fällen gegeben wird, in denen keine Rede auch nur von einem eventuellen Bevollmächtigungswillen sein kann, die zu der Erkenntnis eines ganz selbständigen Gedankens des Vertrauensschutzes in der Rechtsprechung führt. Mit diesem Gedanken des Vertrauensschutzes hat sich auch die Rechtslehre seit langem befasst und hat ihn anerkannt. So hat besonders Dernburg[4]) den Gedanken der Vertrauenshaftung vertreten, H. Isay[5]) von einer Vertretungsmacht des Geschäftsführers gegenüber Gutgläubigen auf Grund eines typischen objektiven Moments gesprochen, Rümelin[6]) hat Vertrauensschutz als selbständigen Haftungsgrund des Vertretenen erkannt und durch ausdehnende Interpretation des § 171 BGB. zu rechtfertigen gesucht. Hupka[7]) führte aus, dass der Vertretene auch bei nicht vorhandenem Bevollmächtigungswillen haften müsse, wenn sein Verhalten die Ueberzeugung des Dritten von der Gutheissung des Geschäfts zu rechtfertigen geeignet sei; endlich hat

[1]) Schon das ROHG. konnte sich auf eine Anzahl vorausgegangener ähnlicher Anzahl Entscheidungen berufen: ROHG. Bd. 1 S. 152, Bd. 4 S. 294, Bd. 5 S. 207, Bd. 6 S. 400, Bd. 9 S. 104.

[2]) RG. Bd. 50 S. 75, Bd. 100 S. 48 (der Dritte muss nach dem äusseren Anschein berechtigt sein anzunehmen, dass der Auftraggeber den Vertreter zu decken gewillt ist); RG. Warn. Rspr. 1923 24 Nr. 157 S. 188. RG. Warn. Rspr. 1926 Nr 154; RG JW. 1928 S. 1054.

[3]) Befolgt auch von OLG. Stettin, OLGE. Bd. 13 S. 328, OLG. Braunschweig, OLGE. Bd. 18 S. 13, OLG. Jena LZ. 1919 S. 166.

[4]) Bürgerliches Recht § 163 V (1902).

[5]) Die Geschäftsführung (1900) S. 239.

[6]) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 93 S. 301 (1902).

[7]) Vollmacht (1900) S. 120.

Wellspacher[1]) die Frage eingehend behandelt und den Gedanken des Schutzes auf Grund der Analogie der §§ 171, 172 BGB. klar herausgearbeitet.[2])

Nach Heymann[3]) ist der Gedanke des Vertrauensschutzes vielen Rechtsordnungen geläufig und ist aus deutschrechtlichen Gedankengängen erwachsen. Er erscheint schon im preussischen ALR. I, 13 §§ 129 ff.; das HGB. kennt ihn besonders in der sog. gesetzlichen Vollmacht des Ladenangestellten (§ 58 HGB.); das österreichische Recht in §§ 1027 ff. BGB.; dem französischen Recht ist er in seinen pouvoirs apparents geläufig und vor allem hat ihn das englische Recht in seiner Estoppel-Lehre durchgeführt. Heymann hat a. a. O. nachgewiesen, dass der tiefere Grund für alle diese Erscheinungen der germanische Gedanke der Verschweigung sei, der besonders in der englischen Lehre vom Estoppel und zwar im besonderen in der Lehre von der agency by estoppel niedergelegt ist.[4]) Diese englische Estoppel-Lehre und mit ihr ihr Anwendungsfall der agency by estoppel beruht nach Heymann auf denselben Gedanken wie der Satz des Sachsenspiegels,[5]) dass derjenige, welcher einer Uebereignung, die er sieht, oder einem Urteil, das er finden hörte, widersprechen könnte, aber nicht sofort widerspricht, mit seinem Widerspruch ausgeschlossen wird, er hat sich verschwiegen. Nach Heymann mündet dieser Verschweigungsgedanke zugleich in den allge-

---

[1]) Vertrauen auf äussere Tatbestände (1906) S. 95 ff.

[2]) Diese und weitere Beispiele bei Ernst Heymann, „Wechselzeichnung der Sparkassen" in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. 4 S. 287 ff. (Festgabe der jur. Fakultät zum 50jähr. Bestehen des RG.).

[3]) a. a. O. S. 328.

[4]) In einem der Leitfälle dieser Lehre, Freeman v. Cooke 1848, 2 Exch. 654 (Exch. Reports, Welsby etc., English Reports 154, 654), sagt der Richter Tacke: Where a man represents another as his agent, in ordre to procure a person to contract with him as such, and he does contract, the contract binds in the same manner as if he made himself, and is his contract in point of law; and no form of pleading could leave such a matter at large, and enable the jury to treat it as no contract.

Das Erkenntnis beruft sich dann weiter hierfür auf den allgemeinen Estoppel-Satz, der in Pickard v. Sears (1837, O. Adolphus and Ellis Rep., English Reports 112, 179) erscheint, wo es heisst: But the Rule of law is clear, that, where one by his words or conduct wilfully causes another to believe the existence of a certain state of the things, and induce him to act on that belief, so as to alter his own previous position, the former ist concluded from averring against the latter a different state of things as existing at the same time.

[5]) Sachsenspiegel II, 6 § 3.

meineren Gedanken des Rechtsscheins ein. Heymann beruft sich dabei insbesondere auch auf Herbert Meyer,[1]) sowie auf Riezler,[2]) der die englische Estoppel-Lehre unter den Rechtsscheingedanken gebracht hat. Nach diesen Autoren liegt in dem Vertrauensschutz der Scheinvollmacht, wie sonst bei der Verschweigung eine Wirkung der Publizität, der Gebundenheit an offenkundige Vorgänge; die sog. stille Handlungsvollmacht ist also auf dem Publizitätsgedanken aufgebaut und kann nur durch Publizität der Beschränkungserklärung eingeschränkt werden.

Das Reichsgericht hat im allgemeinen den Satz von der Haftung wegen eines äusseren, regelmässig passiven Verhaltens, aus dem der Gutgläubige auf die Vollmacht schliessen konnte, auf Kaufleute beschränkt. Der Grund hiefür liegt wohl daran, dass der Satz gerade auf handelsrechtlichem Gebiet entstanden und fortgebildet worden ist. Immerhin ist es interessant, dass das RG. in einer neuen Entscheidung[3]) dahin erkannt hat, dass der Satz auch zwischen Nichtkaufleuten anzuwenden ist, wenn in einem Betriebe, der handelsrechtlich nicht zu den kaufmännischen gehört, der „aber in kaufmännischer Art geleitet wird, wie dies bei grösseren land- und forstwirtschaftlichen Betrieben zu geschehen pflegt", der Betriebsleiter oder Betriebsinhaber durch sein Verhalten den Anschein einer Vollmacht des Angestellten erweckt.

Bezüglich des Ausmasses, in dem der Satz zur Geltung kommt, ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Fällen der Ueberschreitung der Vollmacht durch Sparkassenbeamte bei Eingehung von Verbindlichkeiten für die Sparkasse unter stillschweigender Duldung des Vorstandes besonders lehrreich geworden. Diese Entscheidungen dürfen im Rahmen der Aufgabe herangezogen werden, da es heute ja anerkannt ist, dass den Sparkassen regelmässig Kaufmannseigenschaft zukommt.[4])

---

[1]) Publizitätsprinzip (1909) S. 95 Anm. 1.
[2]) Riezler, Venire contra factum proprium (1912) S. 65.
[3]) RG. v. 25. 1. 1927, JW. 1927 S. 1089.
[4]) RG. v. 1. 3. 1927, Bd 116. 227. Der Senat hebt hervor, dass die neuere Entwicklung der Sparkassen, die sich „den wesentlichen Geschäften des Bankverkehrs zugewendet haben, während früher ihre Tätigkeit fast ausschliesslich auf das Depositengeschäft beschränkt war" von Bedeutung sei und dass es auf das Bestreben nach regelmässigen Ueberschüssen ankomme, möge auch der eigentliche Zweck ein gemeinnütziger

Hier taucht nun eine interessante Frage auf: Das RG. hat in ständiger Rechtssprechung das Prinzip festgehalten, dass da, wo kommunalgesetzliche und entsprechende statutenmässige Formvorschriften gelten, der Satz von der stillschweigenden Vollmacht nicht angewendet werden könne.[1]) Das RG. geht dabei davon aus, dass auch stillschweigende Vollmachten den gesetzlichen und satzungsgemässen Vorschriften für Vollmachten überhaupt unterliegen. Ist diese Ansicht aufrecht zu erhalten? Sie steht jedenfalls im Widerspruch damit, dass bei der Vertrauenshaftung aus dem blossen objektiven Verhalten kraft der Verschweigung — im Gegensatz zu den Fällen eigentlicher stillschweigender Willenserklärungen — gar keine Vollmacht erteilt wird. Andererseits aber wird man auch fordern dürfen, dass jeder Dritte, insbesondere ein Kaufmann, welcher mit einer Sparkasse in Verbindung tritt, sich um deren gesetzliche oder statutarische Vorschriften über Vertretung kümmern muss. Da der Dritte nach dem Gesagten ja gutgläubig sein muss, so muss es ihm schaden, wenn er bei Aufwendung der ordnungsmässigen Sorgfalt das Fehlen der Vollmacht erkennen konnte und nicht erkannt hat. Indessen wird es Tatfrage sein, ob dem Dritten im einzelnen Falle die nähere Prüfung der Satzung zuzumuten ist; ist es ihm aber zuzumuten, so kann auch die dauernde Duldung formell unzulässiger Beamtengeschäfte durch den Sparkassenvorstand eine Haftung der Sparkasse nicht begründen, da es eben in diesem Fall an dem Moment der Gutgläubigkeit des Dritten fehlt.

Sind die sämtlichen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gegeben, so ist die Rechtslage folgende: Der gutgläubige dritte Kontrahent hat mit einem unbefugten Stellvertreter abgeschlossen, er muss daher nach § 178 BGB. in erster Linie die Möglichkeit des Widerrufs des ganzen Geschäfts besitzen. In diesem Falle erlischt natürlich sein Anspruch aus Vertrauensschutz. Das Widerrufsrecht ist nicht mehr möglich, wenn der Prinzipal genehmigt.

---

sein. Noch weitergehend hatten schon vorher der 1. Senat in der E. v. 24. 2. 23, Bd. 106 S. 318 und der 5. Senat in der E. v. 31. 1. 24, Warn. Rspr. 1923/24 Nr. 157 S. 187 ohne weiteres aus dem Vorliegen von Bankgeschäften bei Sparkassen die Kaufmannseigenschaft gefolgert.

[1]) RG. v 24. 11. 1925, JW. 1926 S. 1450, RG. v. 1. 3. 1927 Bd. 116 S. 252, RG. v. 30. 9. 1927, LZ. 28 S 60, RG. v. 16. 12. 1927, JW. 1928 S. 1954, RG. v. 20. 11. 1928, JW. 1929 S. 1002, RG. v. 23. 11. 1928, JW. 1929 S. 1134.

Diese Genehmigung (§ 177 BGB.), für die der Dritte die Frist des § 177 Abs. 2 BGB. setzen kann, bedarf keiner Form; wird sie erteilt, so wird das ganze Geschäft gültig.

Wird die Genehmigung verweigert oder ist sie nach § 177 Abs. 2 BGB. als verweigert anzusehen, so ist zwar der Prinzipal an sich aus dem Geschäft ausgeschieden. Es greift jedoch der Grundsatz der Haftung aus Vertrauensschutz ein, in Gestalt eines Anspruchs des gutgläubigen Dritten auf Erfüllung. Dieser Anspruch kann jedoch nicht weiter gehen, als der Anspruch aus dem Vertrage gegangen wäre. Daher ist der Dritte auch zu der ihm nach dem Vertrag obliegenden Gegenleistung verpflichtet, es treten ferner auch die sonstigen Haftungswirkungen des Vertrags, etwa aus Verzug, Unmöglichkeit, positiver Vertragsverletzung auf beiden Seiten ein. Die Durchführung des Vertrauensschutzes kommt also auf eine Durchführung des Vertrags hinaus, welche der Gutgläubige erzwingt.

In einer neuen Entscheidung[1]) hat sich das RG. mit der Frage befasst, ob nicht dann, wenn eine wechselmässige Haftung wegen mangelnder Vertretungsbefugnis und wegen Unzulässigkeit stillschweigender Bevollmächtigung nach der Satzung der Sparkasse nicht in Frage kommt, unter besonderen Umständen gleichwohl eine Haftung begründet sein kann. An sich hätte das RG. auf Grund seiner oben dargelegten bisherigen Rechtsprechung jede Haftung der Sparkasse aus dem Gesichtspunkt der stillschweigenden Bevollmächtigung in diesem Falle verneinen müssen, da ja die Satzung eine Bevollmächtigung der Kassenbeamten in diesem Falle ausgeschlossen hatte. Tatsächlich hat es auch eine wechselmässige Haftung der Sparkasse aus den Wechselverpflichtungserklärungen ihrer unbefugten Angestellten in Abrede gestellt und ist damit seiner bisherigen Rechtsprechung treu geblieben. Das RG. hat aber, offenbar deshalb, weil seine bisherige Rechtsprechung in diesem Falle zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt hätte, anerkannt, dass auch dann, wenn eine wechselmässige Haftung wegen mangelnder Vertretungsbefugnis und wegen Unzulässigkeit stillschweigender Bevollmächtigung nicht in Frage kommt, unter besonderen Umständen eine Haftung gleichwohl begründet sein kann. Solche besonderen Umstände

[1]) RG. v. 23. 11. 1928 Bd. 122 S. 351 ff.

liegen nach der Entscheidung vor, wenn der Vorstand bei dauernder Geschäftsverbindung und ständigem Wechselverkehr, in dem die Sparkasse mit einer Bank steht, trotz Kenntnis von der unbefugten Vollziehung von Indossamenten durch Kassenbeamte der Sparkasse nicht einschreitet und die Bank nicht aufklärt. Ein solches pflichtwidriges Verhalten begründet nach der Entscheidung zwar keine wechselmässige Haftung, muss aber wegen des darin liegenden Verstosses gegen Treu und Glauben eine Schadensersatzpflicht nach sich ziehen. Denn „bei einer dauernden kaufmännischen Geschäftsverbindung bildet sich ein Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Mass und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Uebung wird und es kann in solchem Fall eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen auch für Handlungen begründet sein, die nicht unmittelbar in der Erfüllung einer eigentlichen Vertragspflicht, aber im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung stehen. Gegenüber einer solchen nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilenden Haftung der Beklagten auf Schadensersatz muss die Berufung auf die nur für Rechtsgeschäfte geltenden Schutzbestimmungen der Sparkasse versagen."

Das RG. hat in diesem besonderen Fall seinen alten Grundsatz[1]) angewendet, wonach aus solcher dauernder Geschäftsverbindung ein Vertrauensverhältnis erwächst, welches zu einer Haftung nach Vertragsgrundsätzen führt. Daher lässt es die Sparkasse und ihrem Gewährverband wegen positiver Vertragsverletzung für die unbefugte Wechselzeichnung ihres Beamten gemäss §§ 276, 278 BGB. haften auf Schadensersatz, weil die Geschäftsleitung, die durch die dauernde Verbindung mit der Girozentrale begründete Sorgfaltspflicht verletzt habe. Wenn auch diese Grundsätze nicht zur Erfüllungsklage, sondern immer nur zum Schadensersatz führen, so hat das RG. damit doch ein wertvolles Mittel gefunden, das in jedem Falle zu einem befriedigenden Ergebnis führt und dem berechtigten Interesse des gutgläubigen Dritten entspricht.

---

[1]) RG. Bd. 27 S. 118, Bd. 65 S. 141, Bd. 67 S. 395.